



Università degli Studi di Napoli Federico II

Dipartimento di Giurisprudenza

Tesi di Dottorato in Tutela Giurisdizionale dei Diritti
nell'Ordinamento Interno ed Internazionale
XXVII Ciclo

L'abuso del processo e il frazionamento del credito

Relatore:

Chiar.mo Prof. Gian Paolo Califano

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Salvatore Boccagna

Candidato:

Dott. Giuseppe Molfini

ANNO ACCADEMICO 2015-2016

INDICE

Capitolo I

Il concetto di abuso nella storia e negli altri ordinamenti.

| | |
|---|----|
| 1. Note preliminari. | 6 |
| 2. Abuso del diritto sostanziale e abuso del processo: analogie e differenze. | 14 |
| 3. Individuazione dell'origine storica dell'abuso del processo. | 22 |
| 4. Disamina comparativa con diversi ordinamenti in tema di abuso del processo. | 26 |
| 4.1 (<i>Segue</i>) La cultura dell'abuso negli ordinamenti di <i>common law</i> | 27 |
| 4.2 (<i>Segue</i>) L'abuso del processo in altri ordinamenti di <i>civil law</i> | 31 |

Capitolo II

L'abuso del processo: teorie a confronto.

| | |
|--|----|
| 1. Nozione "minima" dell'abuso del processo: fondamenti generali. | 38 |
| 1.1 (<i>Segue</i>) L'abuso processuale: illecito plurioffensivo. | 42 |
| 2. Abuso del processo: ricerca di un fondamento costituzionale in una prospettiva evolutiva del diritto. | 44 |

| | |
|--|----|
| 2.1 (<i>Segue</i>) L'abuso processuale: un diverso approccio. | 50 |
| 3. Dalle tentazioni al rifiuto dell'idea dell'abuso del processo... .. | 55 |
| 3.1 (<i>Segue</i>) ... sino alle teorie sulla sua assoluta inesistenza nell'ambito del nostro ordinamento... .. | 62 |
| 3.2 (<i>Segue</i>) ... e ad altre critiche provenienti dalla dottrina costituzionale in relazione alla volontà di contrastare, per via pretoria, attraverso l'abuso, l'irragionevole durata dei processi. | 68 |

Capitolo III

Frazionamento del credito e abuso del processo.

| | |
|---|-----|
| 1. Premessa. Il frazionamento del credito in una pluralità di processi: dal giudicato implicito all'abuso del processo. | 74 |
| 2. Pronunzie e teorie fondate sulla teoria dei limiti oggettivi del giudicato. | 76 |
| 3. Frazionamento e principio dispositivo. | 83 |
| 4. Distinzione tra diritto unico e pluralità di diritti. Ricadute sulle teorie relative al frazionamento della domanda. | 87 |
| 5. Il frazionamento del credito concepito come abuso del diritto. | 90 |
| 6. L'intervento delle Sezioni Unite a suffragio dell'ammissibilità del frazionamento. | 92 |
| 7. L' <i>overruling</i> del 2007 nel senso del frazionamento del credito come abuso del processo ostativo all'esame della domanda. | 108 |
| 7.1. (<i>Segue</i>) Ricadute dell' <i>overruling</i> del 2007 sulla giurisprudenza successiva. | 132 |

Capitolo IV
Considerazioni conclusive.

1. L'errato richiamo di alcuni canoni costituzionali a fondamento dell'abuso del processo, con particolare riferimento al frazionamento del credito.141
2. Una riflessione finale.148

Riferimenti bibliografici.150

Riferimenti giurisprudenziali.166

CAPITOLO I

IL CONCETTO DI ABUSO NELLA STORIA E NEGLI ALTRI ORDINAMENTI

CAPITOLO I

Sommario: 1. Note preliminari. – 2. Abuso del diritto sostanziale e abuso del processo: analogie e differenze. – 3. Individuazione dell'origine storica dell'abuso del processo. – 4. Disamina comparativa con diversi ordinamenti. – 4.1 (*Segue*) La cultura dell'abuso negli ordinamenti di *common law*. – 4.2 (*Segue*) L'abuso del processo in altri ordinamenti di *civil law*.

1. – Note preliminari.

L'argomento che si intende indagare con il presente lavoro è quello del c.d. abuso del processo, con particolare riferimento al tema della parcellizzazione del credito in giudizio, e prende le mosse, in primo luogo, dalla disamina della prassi applicativa e, quindi di tutte quelle numerose pronunzie, di legittimità e di merito, che hanno contribuito a fornire copioso materiale di analisi circa questa figura, nonché dai risultati cui è pervenuta la dottrina che, soprattutto negli ultimi anni, si è spesa su questa tematica, rivelatasi molto controversa e divisiva, in specie per l'assenza di una norma esplicita che la disciplini, a differenza di quanto accade in altri ordinamenti, pur simili al nostro, ed in ragione di un'estrema diversità culturale rispetto a quei sistemi regolati dal *common law* in cui il concetto di abuso è del tutto "naturale".

Sul punto corre obbligo di sottolineare quanto non sia revocabile in dubbio il come, dall'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza degli ultimi anni, si evinca che l'antico brocardo romano *qui iure suo abutitur alterum laedit* sia stato portato alle estreme conseguenze e posto a netto contraltare rispetto al principio *neminem laedit*

qui suo iure utitur, che dovrebbe costituire regola generale del nostro ordinamento giuridico.

Ne sia prova il fatto che la sentenza del 15 novembre 2007, n.23726 emessa dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione¹, proprio in argomento di parcellizzazione del credito, ha stabilito che *il frazionamento della domanda, consistente nella proposizione di più domande giudiziali aventi fondamento nel medesimo credito unitario, è (sempre, n.d.r.) contrario alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art.2 Costituzione, risolvendosi in un abuso del processo* (ostativo all'esame della domanda).

L'arresto citato rappresenta un evidente caso di *revirement* che ha segnato una brusca inversione di tendenza rispetto al precedente orientamento di cui alla sentenza n.108 del 2000², con tutte le immaginabili pericolose conseguenze cui un *overruling* – particolarmente in materia processuale, soprattutto quando attiene a termini ed a modalità per lo svolgimento di determinate attività – possa dare origine³.

¹ Cass., Sez. un., 15 novembre 2007, n.23726, in *Foro it.*, 2008, I, 1514, con nota di PALMIERI-PARDOLESI, *Frazionabilità del credito e buona fede inflessibile*, e di CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nel processo civile?*; in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1437, con nota di GOZZI, *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo*; in *Giur. it.*, 2008, 929, con nota di RONCO, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 458, con nota di FINESSI, *La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle sezioni unite*, e di COSSIGNANI, *Credito unitario, unica azione*. La sentenza è annotata anche da DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, e DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il ripensamento delle sezioni unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 335 ss.

² Cass., Sez. un., 10 aprile 2000, n.108, in *Giur. it.*, 2001, 1143 con nota di CARRATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale "frazionata" in più processi*; in *Corr. giur.*, 2000, 12, 1618, con nota di DALLA MASSARA, *Tra res iudicata e bona fides: le sezioni unite accolgono la frazionabilità del quantum della domanda di condanna pecuniaria*; in *Giust. civ.*, 2000, I, 2265, con nota di MARENGO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 506, con nota di ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*.

³ VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole*, in *Foro it.*, 2011, V, 150. Etimologicamente *overruling* indica il cambiamento della regola (dove per *rule* si intende la regola

Peraltro, a riprova del fortissimo interesse destato dal tema da indagare sta il fatto che il XXVIII Convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, svoltosi a Urbino il 23 e 24 settembre 2011, è stato dedicato proprio all'abuso del processo⁴.

In questa breve premessa si vuole, solo per grandi linee, rammentare che le principali difficoltà relative all'inquadramento del fenomeno dell'abuso del processo, nonché all'individuazione di sanzioni che possano eventualmente reprimerlo, riposano, in particolare, sulla circostanza che, a differenza che in altri ordinamenti, nel nostro mancano, come già accennato, norme che lo disciplinano.

Ma non solo. Seppure si volesse rifiutare l'idea di taluni, i quali hanno affermato con decisione che l'abuso del processo non esiste⁵, ed accettare, quindi, che tra le maglie del nostro ordinamento si possano scorgere spiragli per sostenerne la presenza⁶, sembrerebbe, comunque, se non si prende abbaglio, che non si possa tuttavia discorrere semplicisticamente di una sola figura di abuso, che abbia carattere generale, ma, al più, di tutta una serie abusi, dovendosi cominciare col distinguere, in primo luogo, tra abuso *del* processo – ovvero dell'azione giudiziale – e abuso *nel*

imposta dall'autorità) là dove il *revirement* (con cui si era soliti indicare il cambiamento giurisprudenziale) indica un mero ripensamento o mutamento d'opinione. E i rischi maggiori sono ricollegati soprattutto a quei mutamenti giurisprudenziali sull'interpretazione e sull'applicazione di una norma regolatrice del processo che affermi l'esistenza, in precedenza esclusa, di una decadenza o di una preclusione in danno di una parte del giudizio. Viepiù che, in ambito processuale, mutamenti del genere, rispetto ad orientamenti sufficientemente stabili della giurisprudenza pregressa, sono risultati di recente epifenomeni non più infrequenti, ciò sotto la spinta del principio del giusto processo anche, specialmente, nella sua declinazione della ragionevole durata.

⁴ Aa. Vv., *L'abuso del processo – Atti del XXVIII Convegno nazionale (Urbino, 23-24 settembre 2011)*, Bologna, 2012.

⁵ In particolare SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1448 ss., e in www.judicium.it.

⁶ GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, *passim*.

processo – ovvero degli strumenti offerti alle parti all'interno del giudizio per l'esplicazione della propria attività difensiva⁷.

Una siffatta differenziazione porterebbe con sé anche notevoli conseguenze rispetto all'eventuale applicazione di sanzioni, rendendo, com'è ovvio, tutto più complesso⁸.

A chiarificazione di quanto poc'anzi sostenuto si proverà, senza pretesa di esaustività, a fare una serie di esempi di comportamenti che sono stati, o che potrebbero essere, considerati abusivi.

Oltre al tema già citato del frazionamento del credito, che, certo, è stato quello maggiormente sviscerato dalla giurisprudenza e dalla dottrina, secondo parte dei commentatori ipotesi di abuso del processo, ovvero, dell'azione giudiziale,

⁷ VERDE, *Abuso del (e nel) processo* in *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, 117 ss. Emersa l'idea che il ricorso all'azione in giudizio o alla stessa difesa può essere eccessivo e che ciò può andare a scapito del corretto esercizio della funzione giurisdizionale, ha osservato l'A., si è cominciato a discorrere in termini di abuso, apparendo subito utile istituire un raffronto tra abuso del processo e abuso del diritto sostanziale. Si è chiesto l'A. se fosse pertinente un raffronto ed ha avanzato più di un dubbio al riguardo, in quanto il diritto sostanziale è attributivo di beni o utilità, là dove il diritto processuale è meramente "strumentale", sicché, continua, se è corretto parlare di abuso "del" diritto, è preferibile parlare di abuso "nel" e non "del" processo.

⁸ LA CHINA, in Aa. Vv., *L'abuso del processo – Atti del XXVIII Convegno nazionale (Urbino, 23-24 settembre 2011)*, cit., 191 ss. Per l'A. l'abuso nel processo si configura propriamente come un eccesso di attività difensiva – in senso lato, cioè non solo del convenuto o del "domandato" ma anche dell'attore o "domandante" –: sollevare ogni eccezione, anche le più pretestuose e strampalate, reagire ad ogni ordinanza con istanze di revoca o impugnazioni, chiedere continuamente proroghe di termini o rimissioni in termini, seminare dubbi sulla natura del provvedimento (ordinanza con natura di sentenza, sentenza con natura di ordinanza e via giocherellando su questi malfermi confini concettuali). A tal proposito l'A. ritiene che non è ipotizzabile arginare gli esemplificati comportamenti con la teoria dell'abuso, perché comunque chi così pallidamente e maliziosamente usa gli strumenti che la procedura gli appresta, segue il codice, sta entro gli argini del rito, adopera ogni atto – istanze, eccezioni, contestazioni, ecc. – per gli scopi che il rito ad essi assegna: obbligare il giudice a decidere, obbligare la controparte a replicare, impedire che la validità di un atto o la verità di un fatto si consolidi per non essere stata contestata in termini. E, osserva l'A., per non restare disarmato di fronte a tutto ciò il sistema non ha bisogno di elaborare una figura di abuso *ad hoc*, essendovi già in esso modi di contenimento o sanzioni appropriati, toccando l'abusante nel portafoglio – niente rimborso di spese anche non ripetibili, condanna a somma equitativamente determinata ai sensi del terzo comma dell'art.96 c.p.c., risarcimenti da responsabilità aggravata quando l'abuso nel

sarebbero rinvenibili nell'ambito delle impugnative assembleari, del disconoscimento della paternità in caso di fecondazione eterologa assistita, del recesso *ad nutum*⁹, del riconoscimento per compiacenza, ancora nell'ambito del diritto familiare¹⁰.

Non è mancata, poi, una copiosa giurisprudenza in materia tributaria che ha fatto ricorso alla teoria dell'abuso per rintracciare nel nostro ordinamento la vigenza di un principio generale antielusione, che costituisce, però, un fenomeno a sé stante¹¹.

È da rilevarsi ancora che la giurisprudenza di legittimità ha fatto ricorso alla nozione di abuso processuale anche con riferimento alla richiesta di equo indennizzo¹² avendo, il Supremo Collegio ritenuto dovesse configurarsi ipotesi di abuso del processo nel caso di condotta di quei ricorrenti, i quali, pur non essendo

processo vesta i panni del dolo o colpa grave –, o destando in lui il timore che il suo contegno nel processo possa nuocergli in sede di finale valutazione delle risultanze probatorie acquisite.

⁹ Cass. 18 settembre 2009, n.20106, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 231 ss. La sentenza fa il punto non solo sulla nozione di abuso del diritto, ma anche su quelli di buona fede e sui loro reciproci rapporti. Si legge, in detto provvedimento, che l'obbligo di buona fede oggettiva e correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale imposti dall'art.2 Cost. e la cui rilevanza si esplica nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge.

¹⁰ Trib. Civitavecchia, 23 febbraio 2009, in *Giur. it.*, 2009, 2205 ss., con nota di CARBONE, *Abuso del diritto e filiazione naturale. Osservazioni sul riconoscimento di compiacenza*, che ha dichiarato inammissibile l'azione destinata alla caducazione del riconoscimento c.d. di compiacenza per difetto di veridicità, invocando nella logica dell'abuso del diritto il divieto di *venire contra factum proprium*.

¹¹ SPOSATO, *L'abuso del diritto tributario nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Roma, 2010, *passim*, ricorda come la S.C. sia approdata alla teoria dell'abuso del diritto tributario dopo aver cercato soluzioni prettamente civilistiche al problema dell'elusione fiscale, e a seguito dell'emersione di tale teoria nell'ambito comunitario relativamente alla disciplina dei tributi armonizzati. L'esigenza di applicare la stessa anche ai tributi non armonizzati ha portato la Corte ad individuare il fondamento costituzionale nell'art.53 Cost. e un legame concettuale con la teoria dell'abuso del diritto civile. Tuttavia l'abuso del diritto tributario manifesta significative differenze strutturali e funzionali concretizzandosi nell'"aggiramento di una norma fiscale sfavorevole, mediante l'utilizzo di strumenti giuridici contemplati e disciplinati da altra e diversa disposizione. Nei casi di abuso del diritto tributario, l'atto non risulta abusivo in relazione alla disposizione che lo disciplina, ma in relazione ad un'altra che lo contempla a fini fiscali".

¹² Cass., ord. 3 maggio 2010, n.10634, in *Corr. giur.*, 2011, 369 annotata da FIN, *Una coraggiosa pronuncia della Corte di legittimità: l'onere delle spese come rimedio contro un uso scorretto dello strumento processuale*.

stati parti di una medesima procedura davanti al TAR del Lazio, avevano formulato nello stesso ristretto arco temporale, ma separatamente e con il patrocinio del medesimo difensore, la domanda di riconoscimento di equo indennizzo per eccessiva durata di tale procedura, domanda basata sullo stesso presupposto giuridico e fattuale.

Questa casistica può essere arricchita con ulteriori esempi: così si faccia l'ipotesi dell'instaurazione di un processo davanti ad un tribunale italiano per far dichiarare la nullità di una clausola compromissoria per arbitrato estero dopo che esso si è concluso con la pronunzia di un lodo di condanna dell'attore italiano, il quale con questa iniziativa si proponga di impedire la delibazione del lodo straniero in Italia.

Altra ipotesi: rivolgendosi a tutt'altro settore, si pensi, in tema di elezioni comunali, alla provocata perdita dell'elettorato passivo di un candidato aspirante al consiglio comunale che venga a trovarsi in una situazione di incompatibilità per avere egli una lite pendente con il Comune, attraverso la voluta e maligna instaurazione di un processo civile da parte del Comune stesso contro di lui per un qualunque credito che l'Ente abbia o si ingegni di avere contro il candidato¹³.

Ancora, scegliendo da una potenzialmente più ampia casistica, si pensi all'instaurazione di una lite contro un giudice per fare scattare contro di questi il motivo di astensione obbligatoria di cui al n.2, comma 1, dell'art.51 c.p.c. e quindi avere la possibilità di proporre riconsiderazione ai sensi del comma 1 dell'art.52; né è da trascurare la possibilità di compiere analogo "giochetto" in pregiudizio di un non gradito consulente tecnico¹⁴ o anche di un arbitro¹⁵.

¹³ Cfr. D.Lgs. 18 agosto 2000, n.267, art.63, n.4

¹⁴ Cfr. art.63, comma 2, c.p.c.

¹⁵ Cfr. art.815, comma 1, n.4, c.p.c.

Talvolta può accadere pure che si instaurino cause per creare rapporti di connessione con una causa già pendente per provocarne spostamenti di competenza od anche solo spostamenti di sezione all'interno dell'ufficio giudiziario competente¹⁶.

V'è, poi, chi¹⁷ ha colto una forma di esercizio abusivo dell'azione nell'iniziativa di colui che, perfettamente consapevole che le proprie ragioni necessitano di un'istruzione ordinaria, le faccia, per converso, valere nelle forme del rito sommario *ex art.702 bis c.p.c.*, in modo da costringere l'avversario a difendersi nei più brevi tempi (trenta giorni) concessi dal medesimo art.702 *bis*, comma 3, anziché lasciargli disporre dei normali novanta giorni di cui all'art.163 *bis c.p.c.*¹⁸

Altra fattispecie ipotizzabile astrattamente potrebbe rinvenirsi in una reiterata presentazione di ricorsi per decreto ingiuntivo identici, fino a quando la domanda non venga finalmente accolta – anche con l'ausilio del c.d. *forum shopping* – ciò in forza del fatto che, ai sensi dell'art.640 c.p.c., il decreto di rigetto “*non pregiudica la riproposizione della domanda (...)*”.

Spingendo alle estreme conseguenze questo discorso, anche sulla scorta del sempre più rigido atteggiamento assunto dalla giurisprudenza, potrebbe allora immaginarsi come abusiva addirittura la proposizione di una domanda in un autonomo giudizio, laddove quel determinato diritto avrebbe potuto costituire oggetto di una riconvenzionale in un precedente processo¹⁹.

¹⁶ LA CHINA, in *L'abuso del processo* cit., 189 e ss.

¹⁷ BORGHESI, *L'abuso del processo*, in *www.associazionecivilisti.it*, 4 ss.

¹⁸ Per MONTANARI, *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corr. giur.*, 4, 2011, 560, ammesso che ciò configuri un'effettiva lesione del diritto di difesa del convenuto, la sanzione di declinatoria in rito del giudizio si manifesta comunque sproporzionata, non essendovi motivo per negare, quanto alle decadenze eventualmente maturate prima della conversione del rito da sommario a ordinario, l'utilizzo del più appropriato rimedio della rimessione in termini *ex art.153*, comma 2, c.p.c.

¹⁹ In relazione alla domanda riconvenzionale DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 1018 ss., ha parlato di abuso del processo con riguardo alla deliberata scelta, da parte di chi, convenuto in giudizio, vanta un diritto incompatibile nei

Per le Corti di merito e per la stessa Cassazione²⁰, una ipotesi annoverabile *lato sensu* nell'ambito dell'abuso del (o nel) processo può essere, poi, rappresentata anche, semplicemente, da una eccessiva lunghezza degli atti difensivi. Ciò contrariamente a quanto sottolineato da autorevole dottrina²¹, per la quale, da decisioni del genere si potrebbe trarre l'ennesima conferma di come l'abuso del processo stia diventando – al pari del principio di effettività –, per l'appunto, una sorta di contenitore buono a tutti gli usi.

Detto in altri termini, sulla scorta dei molteplici esempi riportati, sembra risultare ben chiaro come il c.d. abuso del processo non possa essere identificato

confronti dell'attore, di far valere tale diritto non in via riconvenzionale nello stesso giudizio, bensì con domanda separata e oltre i limiti temporali concessi per la riunione delle cause dall'art.40 comma 2 c.p.c., così da costringere il giudice della causa principale a decretarne la sospensione per pregiudizialità ai sensi dell'art.295 c.p.c.: strategia questa, ritenuta dall'A. come evidentemente ostruzionistica, per neutralizzare la quale, tuttavia, non occorrerebbe "scomodare" l'abuso del processo e comminare l'annessa sanzione della declinatoria in rito, trattandosi di situazione, almeno secondo le largheggianti vedute coltivate al riguardo dalla giurisprudenza, di continenza di cause, onde la possibilità di disporre la riunione delle medesime se non proprio *ad libitum*, certo ben al di là dei limiti di cui al predetto art.40.

²⁰ Corte di appello Milano, sentenza 14 ottobre 2014. Ad opinione della Corte meneghina la lunghezza degli atti contrasta con la regola che gli atti del processo civile devono essere redatti in forma concisa. Le parti hanno infatti l'onere di agevolare la celerità del processo e l'esercizio del dovere del giudice, facendo comprendere nel modo più chiaro quale sia la specifica materia del contendere, concludendo che il dovere di concisione, oltre ad essere conforme agli indirizzi già presenti sia in ambito sovranazionale che in ambito nazionale, trova altresì riconoscimento normativo negli articoli 132, II, n.4, 92 e 342 c.p.c. Per il Tribunale di Milano, sentenza 1 ottobre 2013, in presenza di atti sovrabbondanti in violazione del principio della sinteticità, il giudice può tenere conto del comportamento in sede di liquidazione delle spese. La stessa Cassazione, Sez. lav. 30 settembre 2014, n.20589, in presenza di un ricorso di oltre 100 pagine, ottenute "*attraverso una sovrabbondante riproduzione degli atti processuali, mentre alla esposizione dei motivi di ricorso sono state dedicate le ultime dodici pagine, che da sole sarebbero state del tutto proporzionate al tipo di censure proposte*", ha ravvisato la violazione, tra l'altro, del canone della chiarezza e della sinteticità espositiva che rappresenta l'adempimento di un preciso dovere processuale il cui mancato rispetto, da parte del ricorrente per cassazione, lo espone al rischio di una declaratoria d'inammissibilità dell'impugnazione.

²¹ CORDOPATRI, *La violazione del dovere di sinteticità degli atti e l'abuso del processo*, in *Federalismi.it* ha evidenziato che la violazione del principio di sinteticità non può essere catalogata come ipotesi di abuso del processo. Per qualificarlo "abusivo" occorrerebbe, infatti, individuare di volta in volta lo scopo – *id est*, il contenuto o la "causa" – dell'atto e dimostrare che lo stesso ha deviato rispetto allo scopo così individuato, mentre la prolissità non costituisce, in sé per sé, mancanza di coerenza con lo scopo.

esclusivamente nella parcellizzazione di un credito unitario in una pluralità di processi, e che il fenomeno di un uso improprio dello strumento processuale, ovvero dei singoli atti del processo, possa essere la conseguenza di tutta una serie di attività e condotte, anche molto diverse l'una dall'altra in quanto a tempi, modalità e finalità, con tutte le ovvie difficoltà, ricostruttive, applicative e sanzionatorie, che da una circostanza del genere possano discendere.

2. – Abuso del diritto sostanziale e abuso del processo: analogie e differenze.

Negli ultimi anni si è fatta strada una nozione generale di abuso del processo, che si realizzerebbe laddove il giudizio o lo strumento processuale siano usati perseguendo scopi o interessi diversi da quelli assegnati loro dall'ordinamento²².

Da tale rappresentazione taluni commentatori ne hanno tratto una evidente contiguità con il concetto, certo più approfondito e risalente nell'ambito della giurisprudenza e della dottrina moderne, di abuso del diritto sostanziale²³.

²² ANSANELLI, *Abuso del processo*, in *Dig. Civ., Aggiornamento*, Tomo I, Torino, 2007, 1.

²³ GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, 5 ss. Per l'Autrice l'abuso del processo discende dall'abuso del diritto, come applicazione della categoria civilistica alla realtà giudiziale nella sua espressione di prerogative soggettive che nell'ambito della stessa si realizzano. ID., *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit. 2 ss. La stessa Autrice, qualche anno prima aveva pure posto in luce le difficoltà della dottrina che, nell'affrontare il tentativo di definizione dell'uso improprio del processo – più specificamente, nella teorizzazione della configurabilità del processo simulato, del processo fraudolento e del processo fiduciario –, aveva inizialmente seguito il cammino dell'applicazione al processo di concetti propri del diritto sostanziale. Ciò in quanto questa traslazione di concetti di ordine sostanziale al campo processuale si è, sin da subito, imbattuta in un duplice ordine di difficoltà: da un lato quella di conciliare con il processo istituti da sempre studiati sul piano sostanziale, dall'altro e più specificamente quella di fare i conti con una considerazione che spesso è apparsa concludente, ovvero che negli atti processuali non rilevarebbe il riscontro dell'elemento volontaristico, né quanto alla sua effettiva sussistenza, né in relazione alle modalità della sua formazione. Tuttavia l'Autrice, nell'ambito del suo lavoro da ultimo citato ha manifestato l'esigenza di

D'altra parte le similitudini riscontrabili nella definizione di entrambi i concetti appaiono, *prima facie*, notevoli: per abuso di un diritto o di un potere viene infatti inteso un uso scorretto od improprio di tali situazioni soggettive.

In altri termini vien detto che abusa di un diritto, di una facoltà o di un potere di cui sia titolare, o comunque investito, chi travalica i limiti imposti dalla legge (anche per implicito) al loro esercizio, ovvero ne “distorce” strumentalmente l'uso, piegandolo a fini estranei alla loro istituzionale configurazione o, ancora, servendosene con modalità (od in forme) scorrette, improprie e, pertanto, abusive²⁴.

Ma tanto potrebbe non bastare a corroborare la posizione di quegli autori che vedono l'abuso del processo quasi che fosse una costola dell'abuso del diritto.

Così, un primo elemento differenziale che non consente di affermare un automatico apparentamento tra le due figure di abuso, è costituito dalla diversa e maggiormente problematica gestazione che, storicamente – tralasciando per un attimo il diritto romano –, il concetto di abuso del diritto materiale ha avuto, in confronto all'omologo fenomeno in campo processuale, nell'ambito del diritto moderno.

La formulazione del principio di abuso del diritto, invero, è apparso, per la prima volta nella giurisprudenza francese già nell' '800 come conseguenza dell'assolutezza dei principi enunciati dopo la rivoluzione francese²⁵.

È stata, dunque, la cultura giuridica francese, ancor più fortemente e incisivamente sviluppatasi e radicatasi nel passato secolo, a elaborare le più significative riflessioni sul tema, dando vita a due divergenti visioni: la prima, di

rivedere i rapporti tra potere di disposizione sostanziale e potere di disposizione processuale, per verificare quali limiti gli stessi incontrino e se sia possibile individuare delle analogie nell'autonomia riconosciuta ai privati.

²⁴ COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 319.

²⁵ SALVI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. Giur. Treccani*, I) Diritto civile, 1 ss.; GAMBARO, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. Giur. Treccani*, II) Diritto comparato e straniero, 1 ss.

ispirazione cattolica, che giudicava l'atto secondo un metro di ordine morale, trascendente i rapporti sociali; la seconda, di impronta laica e solidaristica, che fondava, viceversa, il giudizio sulla congruità dell'atto ai valori "sociali" fatti propri dal sistema²⁶.

Ma la teoria dell'abuso, come strumento di raccordo tra la sfera del diritto e quello della morale, fu ben presto abbandonata, sia sul piano teorico che su quello normativo, nella fase di formazione del moderno diritto privato, apparendo, essa, del tutto incongrua e, anzi, contraddittoria rispetto alle istanze di razionalizzazione di due secoli fa²⁷.

Essendo prevalsa l'idea che non potesse esprimere l'antica tensione tra morale e diritto, la figura dell'abuso del diritto ha trovato così il suo referente nella tendenza – connessa a processi di trasformazione delle strutture complessive delle società contemporanee – all'allargamento del controllo giudiziale sugli atti dei privati, presentandosi, appunto, come lo strumento atto a favorire e razionalizzare tale tendenza²⁸.

Mutatis mutandis, quindi, l'abuso del diritto ha cominciato a rappresentare un correttivo rispetto ad un sistema che potesse rimanere a tutti i costi fedele alle scelte normative effettuate ed ai diritti astrattamente attribuiti ai consociati pur quando il concreto atto di esercizio del diritto stesso risultasse contrastante con alcuni principi

²⁶ RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 220 ss.

²⁷ Si sarebbe verificata, infatti, secondo l'idea della quale si discorre, una inaccettabile sovrapposizione di due giudizi qualitativamente diversi: un primo di stretto diritto ed un secondo di ordine etico-morale.

²⁸ MONATERI, in Aa.Vv., *Diritto privato. III. L'abuso del diritto*, Padova, 1988, 108 ss. L'Autore ha avuto modo di sottolineare come vi sia stata anche la spinta dei giuristi anglosassoni ad aver contribuito a far prevalere questa seconda idea, attraverso la teorizzazione della necessità di un approccio empirico ed economico al problema.

ispiratori dell'ordinamento in generale, sacrificando, in tal modo, un certo grado di certezza alle superiori esigenze della giustizia²⁹.

Non le stesse problematiche si sono poste in riferimento all'abuso dello strumento processuale.

Ma non v'è solo questo. Ed infatti, in seno alla dottrina processualistica, l'affermazione di alcuni interpreti – vale a dire la discendenza dell'abuso del processo da quello del diritto – è stata guardata da altri non in maniera dogmatica, bensì, all'incontro, solo in maniera problematica³⁰.

Quest'altra parte di dottrina si è domandata, invero, se, sulla base delle medesime caratteristiche che individuano l'abuso del diritto, fosse possibile configurare anche l'ipotesi di un abuso del processo.

Taluni hanno giustificato il proprio dubbio sul fatto che, rispetto a quanto verificatosi per l'abuso del diritto, come si è già avuto modo di dire, il tema dell'abuso del processo non è stato, almeno sin ora, preso in considerazione nello stesso modo dalla giurisprudenza³¹, sebbene, proprio negli ultimi anni, vi sia stato il consolidarsi di alcuni orientamenti che hanno fatto ricorso a questa categoria di

²⁹ PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, I, Torino, 1987, 1

³⁰ COMOGLIO, in *Abuso del processo e garanzie costituzionali* cit.

³¹ Difatti, i giudici, almeno in Italia, hanno cominciato ad occuparsi dell'abuso del processo – peraltro nella sua particolare forma del processo fraudolento – solo a partire dagli anni '20 del secolo scorso. Emblematico è il caso Pecoraino-D'Angelo in cui la signora Anna D'Angelo, sposatasi nel 1912 con il signor Pecoraino, si fece indurre dal marito a presentare la domanda di nullità del matrimonio per violenza, sostenendola con affermazioni e prove false. Ottenuta dal primo giudice la pronuncia di nullità, la donna pentitasi, aveva confessato l'artificio e impugnato la sentenza. Ma la Corte d'appello di Palermo, con sentenza successivamente confermata dalla Cassazione, aveva dichiarato inammissibile l'impugnazione perché proposta dalla parte totalmente vittoriosa. Ciò giacché il mutato giudizio della parte sul suo interesse non poteva valere a surrogare la soccombenza, neppure nel caso in cui il provvedimento impugnato fosse stato l'effetto di fraudolenta collusione tra i litiganti per eludere una norma di legge d'ordine pubblico.

abuso, quanto meno quale *ratio decidendi*, in fattispecie tra loro anche molto diverse³².

Ma una perplessità maggiormente pregnante circa la pertinenza di una diretta derivazione dell'abuso del processo dall'abuso del diritto sostanziale riposerebbe in ciò: se, come si è detto, l'abuso del processo viene ritenuto come un fenomeno di utilizzazione distorta del giudizio per raggiungere altre e diverse finalità rispetto a quelle sue istituzionali, per cui interviene in considerazione anche l'elemento soggettivo, alla stregua di quanto accade per l'abuso del diritto, ostativa ad una teorica dell'abuso del processo così concepita starebbe l'idea che, ad eccezione di taluno dei c.d. "negozi processuali", gli effetti derivanti dai singoli atti del processo, differentemente da quanto accade nel diritto materiale, non sono causalmente riferibili alla manifestazione di volontà dei soggetti che li compiono, ma sono diretta conseguenza della loro predeterminazione *ex lege*, in forza dei principi di tendenziale tassatività delle forme e degli scopi cui questi sono preordinati³³.

³² Ci si riferisce agli interventi della S.C. sul frazionamento del credito, a quello sulle impugnative assembleari, al disconoscimento di paternità in caso di fecondazione eterologa assistita, sul recesso *ad nutum*, ed a quelli in materia tributaria.

³³ VERDE, *Profili del processo civile*, I, Napoli, 2002, 285 ss. L'A. rimarca che nella teoria degli atti di autonomia privata ha giustamente rilevo il requisito della volontà, intesa come volontarietà dell'atto sia come volontà degli effetti. È soprattutto sotto questo secondo profilo, vien detto, che è stata poi elaborata la disciplina dei c.d. vizi del volere. Nel campo processuale si assume, invece, non esserci spazio, di solito, per una volontà degli effetti e non sarebbe difficile comprenderne la ragione. Nel processo, infatti, gli atti servono a mettere in moto e a far procedere il meccanismo processuale fino all'emanazione del provvedimento finale; essi hanno valore *induttivo* e non comportano alcun effetto immediato sulle posizioni delle parti. Ne viene di conseguenza che al legislatore interessa che essi siano liberamente e consapevolmente manifestati e a tal fine – viene sottolineato – quest'ultimo ha reso necessaria l'intermediazione del rappresentante tecnico, che almeno nei processi di maggior rilievo e per gli atti più impegnativi offre garanzia che la manifestazione sia stata volontaria e consapevole. Nulla esclude, tuttavia, che possano estrarsi dal materiale del processo atti dotati di particolare efficacia e cioè direttamente impegnativi per i soggetti che li compiono. La stessa proposizione della domanda giudiziale col dar vita al processo e col produrre gli effetti sostanziali, che ad essa sono normalmente collegati, non si inquadra nello schema degli atti finora descritti. Analogamente, una rinuncia agli atti o all'impugnazione già proposta non si colloca soltanto all'interno del rapporto processuale. Alla stessa conclusione deve pervenirsi per la confessione o per il deferimento o il riferimento del giuramento. Si è soliti dire che in questi casi si è in presenza di atti

In ragione di tanto l'acritico trasporto di categorie proprie del diritto sostanziale in ambito processuale, come ad esempio la correttezza e la buona fede di cui agli articoli 1175 e 1375 c.c. si appalesa niente affatto agevole, proprio in ragione delle notevoli diversità che caratterizzano un negozio od un atto di diritto materiale da un atto processuale, nonché per la mancanza, nel codice di rito, di norme che possano dirsi, in riferimento alla fase giurisdizionale, come omologhe a quelle poc'anzi citate.

C'è inoltre chi giustifica la propria ritrosia rispetto a tale contiguità sulla base della circostanza che, mentre il diritto sostanziale è "attributivo" di beni o di utilità (il *suum cuique tribuere* e l'*alterum non ledere* dell'esperienza romana), il diritto processuale è meramente "strumentale", sicché se può essere corretto parlare di abuso "del" diritto, sarebbe preferibile parlare di abuso "nel" e non "del" processo³⁴.

E viene sottolineato come non sia un dato da tralasciare il fatto che soltanto l'abuso del diritto fu preso in considerazione durante i lavori preparatori del vigente

causativi riguardo ai quali non dovrebbe potere essere esclusa *a priori* un'indagine sulla volontà. In qualche caso, la legge afferma espressamente questa possibilità (ad esempio, per la confessione si veda l'art.2734 c.c.). Quando manca un'espressa disciplina, si apre il campo a una delicata indagine, nel compiere la quale bisogna tener conto delle coesenziali esigenze di celerità e certezza proprie di ogni vicenda processuale. Nello stesso senso LUISO, *Diritto Processuale civile*, I, Milano, 2009, 407, il quale nell'affermare che l'atto processuale è normalmente un atto giuridico in senso stretto, aggiunge che se l'atto presenta tutti i requisiti di forma-contenuto descritti dalla previsione normativa, si presume che l'atto sia stato compiuto consapevolmente e non per caso. Così, quando viene tenuto un comportamento che consiste nel compimento di un atto introduttivo del processo che presenti tutti i requisiti dell'art.163 c.p.c. si presume che la volontà sia stata quella di proporre una domanda giudiziale. Nulla esclude però che l'atto sia stato compiuto *ioci causa*, o per ragioni meramente didattiche in un corso di diritto processuale civile. In tal caso l'atto non avrebbe le caratteristiche di un atto processuale, perché mancherebbe la volontà di compiere un atto introduttivo del processo. Quindi il rispetto della forma surroga l'indagine sulla volontà, anche se niente esclude che in certi casi – sia pure eccezionali – si possa dimostrare che un atto è stato compiuto senza la volontà di compiere un atto processuale, cioè senza la volontarietà del comportamento.

³⁴ VERDE, *Abuso del (e nel processo)* in *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., 117.

codice civile³⁵, nonostante, poi, il progetto di disciplinare con una disposizione generale il c.d. abuso del diritto sia stato poi abbandonato.

Infatti, una tale scelta del legislatore è rimasta priva di conseguenze, giacché sono stati individuati successivamente settori del diritto civile fortemente influenzati dalla clausola di buona fede³⁶ e, anche in assenza di un riconoscimento espresso, il divieto di abuso ha finito per assumere il ruolo di cerniera tra l'applicazione "cieca" della legge e il richiamo ai valori che la disciplina positiva sottende, in un percorso di allontanamento dal positivismo giuridico e di un diritto borghese.

Viceversa, un problema del genere non si è posto minimamente in ambito di codificazione del processo civile.

E la dottrina degli anni precedenti alla codificazione, ma anche di quelli successivi, ha cominciato ad occuparsi di quale dovesse essere la sorte solo di quei processi c.d. simulati, fraudolenti, apparenti, fiduciari, ovverosia di quei giudizi connotati da comportamenti dolosi o fraudolenti dei soggetti coinvolti³⁷.

Solo più tardi, in tempi ben più recenti, ci si è posti il problema delle forme di reazione dell'ordinamento quando gli atti processuali siano impiegati per una funzione diversa rispetto a quella per la quale sono stati predisposti dalla legge³⁸.

È opportuno, da ultimo, rimarcare come l'attenzione verso la tematica dell'abuso, sia in campo sostanziale che processuale, per quanto per molti si tratti di fenomeni differenti, è sorta anche in conseguenza delle suggestioni provenienti dagli

³⁵ Si pensò infatti di inserirvi una norma del seguente tenore: *"Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è conferito"*.

³⁶ Tanto che la legge è più volte intervenuta per disciplinare, ad esempio, gli abusi di posizione dominante, le clausole vessatorie, la protezione dei dati personali, etc.

³⁷ TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo – Studio critico*, Napoli, 2015, 352 ss. ha notato che, relativamente a queste fattispecie, la nozione di abuso del processo ha perso la sua portata euristica nel corso del tempo, una volta che il sistema, grazie agli apporti sia del legislatore che degli interpreti, ha messo in campo le opportune contromisure. Si pensi alla revocazione del Pubblico Ministero ex art.397, n.2, c.p.c., oppure all'opposizione di terzo c.d. revocatoria di cui all'art.404 cpv.

³⁸ DE STEFANO, *Note sull'abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 582 ss.

ordinamenti di *common law*, sebbene lì, diversamente che da noi, la giurisprudenza è inserita tra le fonti del diritto.

Sul punto non può sottrarsi, tuttavia, come, anche nei paesi di *civil law*, l'evoluzione della giurisprudenza stia alterando il rapporto tra giudice e legge³⁹, così

³⁹ TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo – Studio critico*, cit., 125 ss. Afferma l'A. che l'abuso del diritto e del processo abbiano acquisito oggi rinnovata fortuna alla luce di fenomeni tra i quali va annoverato, su tutti, l'espansione del potere giudiziario nelle democrazie contemporanee. Si è parlato, in proposito, di un vero e proprio mutamento relativo all'organizzazione dei poteri, di uno spostamento di baricentro, di uno slittamento da una forma di Stato parlamentare verso una forma di Stato giurisdizionale. Da qui l'affermarsi di forme di rinnovato giusrealismo, più o meno radicale. Uno dei momenti di rottura più importanti rispetto alla realizzazione di fine '700 del monopolio del diritto da parte dei detentori del potere politico, e quindi dello Stato nazionale, è rappresentato, ancor prima del fenomeno della c.d. globalizzazione, dal varo delle costituzioni democratiche nell'Europa occidentale dopo la seconda guerra mondiale. In particolare, la rottura è segnata dalla entrata in funzione dei meccanismi di controllo di costituzionalità delle leggi ordinarie, affidata a Corti costituzionali. Peraltro, la crescente internazionalizzazione dei rapporti sociali ed economici ha successivamente messo in crisi non solo il dominio dell'ordinaria legge statale sul diritto, ma anche il monopolio dello Stato nazionale sulla giurisdizione. Da qui, poi, varie conseguenze: il ravvicinamento dei sistemi di *civil* e *common law*, dovuto alla crisi del sistema delle fonti ed alla prevalenza del momento applicativo del diritto rispetto alla astratta previsione legislativa, l'interazione sempre più spiccata delle varie Corti fra loro, etc. Si è assistito e si assiste, dunque, a un fenomeno che vede un indebolimento della legislazione e un contestuale rafforzamento della giurisdizione. Può dirsi, insomma, che alla giurisdizione finisce per essere, sempre più, accollata la decisione pubblica, mentre la legge resta sullo sfondo, come punto di partenza dell'opera del giudice. Che il giudice disponga ormai di un ampio "potere creativo" nell'esercizio della sua funzione decisoria è ormai un luogo comune generalmente riconosciuto come vero. Il modello della legislazione senza giurisdizione, l'ideale del giudice "*bouche de la loi*", del giudice funzionario del principe e mero esecutore della legge non esiste più. D'altra parte non appare più attuale nemmeno l'estremo opposto del modello del giudice che crea liberamente il diritto, proprio della tedesca *Freirechtbewegung*. Semmai si dibatte, in un arco amplissimo di sfumature, fra opinioni che intendono la funzione del giudice come mera "scoperta" del diritto e opinioni che, invece, evidenziano il momento "creativo" della funzione giurisdizionale. Nell'ambito dell'abuso del processo viene evidenziato che il fenomeno assume, se possibile, connotati ancora più inediti, con ciò volendosi dire che il giudice sembra evolvere da "bocca della legge", poi "bocca della società" e della Costituzione, infine a "bocca di se stesso", non più come profeta di un'ideologia di rinnovamento della società (uso alternativo del diritto) ma come mero segretario di una procedura, che si limita a "sistemare le cose". In questo senso, nota l'A., in relazione allo studio dell'abuso del processo, come non possa essere sottaciuto quell'evidente "progetto di riforma silenziosa del diritto processuale civile" guidato dalla Cassazione, la quale, attraverso una serie di ardite e, talvolta, eversive letture, a suo avviso, costituzionalmente orientate di varie norme processuali, tende a sostituire interpretazioni più o meno solide con altre reputate più funzionali a garantire una rapida celebrazione del giudizio. La premessa di fondo dalla quale l'orientamento muove è costituita dall'assunto che l'art.111, comma 2, Cost., nell'affidare al legislatore il compito di

che si sta assistendo ad un processo osmotico tra i due sistemi che non può non avere ricadute sul piano ordinamentale, e le conseguenze sono sotto gli occhi di tutti.

3. – Individuazione dell'origine storica dell'abuso del processo.

Secondo autorevole dottrina le origini dell'abuso del processo affonderebbero le proprie radici addirittura nel diritto romano.

A tale conclusione si è pervenuti all'esito di una ponderosa indagine storica⁴⁰, condotta per corroborare l'idea che la *condemnatio ad impensas* dovrebbe essere senz'altro sganciata dal requisito oggettivo della soccombenza⁴¹, per essere, viceversa considerata a guisa di vero e proprio strumento di repressione dell'abuso del processo.

Ciò, quindi per negarne il carattere indennitario e predicarne, invece, una connotazione di tipo risarcitorio⁴².

assicurare la ragionevole durata del processo, integri un precetto *self-executing*, ponendo una regola per un'interpretazione delle singole norme di rito finalizzata alla celerità del giudizio.

⁴⁰ CORDOPATRI, *L'abuso del processo. I. Presupposti storici*, Padova, 2000, *passim*.

⁴¹ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, Torino, 1901, *passim*; ID, *La condanna nelle spese giudiziali*, Roma, 1935, *passim*.

⁴² CORDOPATRI, *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 251 ss. Per completezza giova rammentare che l'A. si è impegnato nel denunciare le inesattezze e la insufficienza della lettura tradizionale dell'art.91 c.p.c., riflettendo sulla circostanza che la teoria tutt'oggi posta a fondamento della condanna nelle spese giudiziali discende dalla ricezione tanto acritica quanto pedissequa delle conclusioni attinte dall'opera chiovendiana. In proposito ha ribadito che le linee teoriche fondanti del sistema chiovendiano sono, da un lato, quella lungo la quale si svolge il rapporto – fra le posizioni giuridiche soggettive dell'attore e quelle del convenuto – sotteso all'azione “concreta” o “fondata”, svolta dal primo nei confronti del secondo e l'altra, lungo la quale si snoda il rapporto processuale che astringe le parti fra loro e queste al giudice. La prima notoriamente correlata con posizioni giuridiche soggettive dalla chiara connotazione sostanzialistica, e la seconda, afferente all'apprestamento della tutela giurisdizionale, dagli indubbi connotati schiettamente pubblicistici. Del pari, viene precisato, pare evidente come dalle due linee fondanti discendono l'assioma per il quale il processo deve potere assicurare alla parte tutto ciò e soltanto tutto ciò che alla parte è già attribuito dal diritto sostanziale; quello per cui il decorso del tempo occorrente per la tutela

A tacer d'altro, la corrente interpretazione dell'art.91 c.p.c. sarebbe affetta da una grave tache: quella di avere fatto proprie, passivamente ed acriticamente, le conclusioni, peraltro assai censurabili in punto di precisione e di fondatezza, attinte dall'indagine ricostruttiva svolta da Chiovenda, la cui tesi di fondo – vale a dire che la conferma del principio secondo cui la condanna delle spese trova il fondamento teorico nella soccombenza pura e semplice – si rinverrebbe lungo quasi tutto il corso dell'evoluzione storica⁴³, con la sola incidentale eccezione dell'esperienza giuridica medioevale⁴⁴. Gli ordinamenti pregressi, sarebbero rimasti, infatti, sempre ben lungi, in sede di distribuzione dell'*onus expensarum*, dal dare rilievo a qualsivoglia

non deve tornare in danno della parte processuale che ha ragione; e, infine l'assioma per il quale la parte che ha ragione non deve sopportare sacrifici o *deminutiones* patrimoniali di sorta per l'ottenimento di tutela. Sennonché quest'ultimo assioma si mostra coerente con la prima, rimanendo, all'incontro, ben lungi dal raccordarsi con l'altra linea, quella del rapporto processuale. In altre parole, mentre è comprensibile che quella della specificità e celerità sono del tutto consoni con la concezione dell'azione intesa in senso concreto, la regola *victus victori*, basata sulla soccombenza mera risulta assolutamente stridente nel contesto del rapporto processuale, su cui e attraverso cui viene assicurata la tutela del diritto sostanziale. Invero, diversamente da quelli della specificità e della celerità, l'assioma della condanna alle spese fondata sulla mera soccombenza non attiene alla conservazione dell'integrità della situazione giuridica soggettiva sostanziale, e quindi alla "concretezza" e "fondatezza" dell'azione, ma afferisce al rapporto processuale, cioè, più specificamente al momento della tutela dei diritti. Con la conseguenza che finisce per essere posto artificialmente, per così dire, sul piano del diritto sostanziale un assioma che attiene essenzialmente al processo, mezzo deputato all'elargizione della tutela giurisdizionale. L'A. vuole dire che la parte che ha ragione ha il diritto – in quanto titolare dell'azione fondata – di vedere riconosciuta la propria situazione giuridica soggettiva nella sua integrità, e perciò non può di certo essere soddisfatta da misure equipollenti, né, tanto meno, può subire danni causati dal ritardo dall'ottenimento della misura. Cionondimeno essa potrebbe rendersi autrice o coautrice di una cattiva gestione del processo. Esigenze di coerenza formale avrebbero voluto, dunque, che l'assioma in discorso – anziché essere ingessato in criteri oggettivi, per non dire automatici giustificabili solo dalla fissità del rapporto sostanziale – venisse considerato invece una variabile del rapporto processuale, fosse cioè configurato in esito all'apprezzamento del modo come le parti (e il giudice) hanno gestito il processo. Anche e soprattutto sotto il profilo dell'imputazione dell'eventuale ingiustificata dilatazione dei tempi. D'altra parte una lettura tradizionale dell'art.91 c.p.c. sarebbe stridente con una ormai conclamata concezione dell'azione in senso astratto.

⁴³ CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 902 ss.; ID, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1936, 517. È da precisarsi che, seppure incidentalmente, l'A., in queste opere, ha tenuto a precisare sintomaticamente che la regola della soccombenza mera andava correlata sempre e comunque con il principio di causalità.

⁴⁴ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, Roma, 1935 cit., 123 ss.

apprezzamento dell'elemento soggettivo che informi in qualche modo l'attività processuale della parte.

A tutto questo è stato obiettato che una ricerca storica che sia seriamente suffragata dalla puntuale critica delle fonti, impedirebbe di condividere l'avviso del celebrato Maestro.

Una corretta analisi del diritto romano, arcaico e classico⁴⁵, e, soprattutto, il raffronto con il diritto tardoimperiale – specie se accompagnato dalla valutazione dell'assai significativo snodo evolutivo fra quella di Zenone e la normazione di Giustiniano – autorizzerebbero, invero, a ritenere non corretta la ricostruzione chiovendiana.

Ciò senza nemmeno dire della quasi assoluta ed ingiustificata obliterazione, da parte di Chiovenda, dell'analisi della legislazione e della prassi medioevali, nonché della scarsa sensibilità da questi mostrata verso la complessa problematica della *iusta causa litigandi* e del *iuramentum calumniae*⁴⁶, e dell'inspiegabile assoluto

⁴⁵ CORDOPATRI, *L'abuso del processo. I. Presupposti storici*, cit., 22. La condanna nelle spese nasce, per l'A., nella storia del diritto romano, dall'esigenza di porre un freno allo spirito litigioso dei *cives*. Essa pertanto colpisce – non può che colpire – il soccombente temerario, val dire il litigante che in mala fede o in colpa ha inteso vessare la controparte.

⁴⁶ CORDOPATRI, *L'abuso del processo. I. Presupposti storici*, cit. 94 ss. e 165 ss. Nel diritto romano il *iusiurandum calumniae* è, come il *iudicium calumniae*, l'*inafamia* e la *sponsio* o *restipulatio*, un rimedio di generale applicabilità. Al pari della *sponsio* e della *restipulatio*, della *infinitio* e della *pluris petitio*, esso è anche un rimedio preventivo. Secondo l'insegnamento gaiano, con il *iusiurandum calumniae*, l'attore assume formale impegno di *non vexandi adversarii gratia actionem insistituere* o di *non calumniae causa agere*. Analogamente il convenuto, si impegna, con il *iusiurandum calumniae*, altrettanto formalmente, di *non calumniae causa infitias ire*. Codesti impegni sono assunti al momento della *litis contestatio* e s'indirizzano, soltanto sul piano meramente processuale, verso la controparte. In altre parole, il giuramento – che verte sulla buona fede, e non anche sulla fondatezza nel merito della pretesa – si coniuga perfettamente con la soccombenza della parte, della quale mira ad escludere la *calumnia*. Ciò, però, non potrà certo significare l'assenza assoluta di qualsivoglia conseguenza apprezzabile sul piano giuridico. Gli è che l'esclusione della *calumnia* vale ad escludere il risvolto economico negativo della soccombenza, di per sé intesa – come per le altre *poenae* – quale essa stessa indizio di colpa e dunque causa di responsabilità. L'A. rileva altresì che l'analisi del *iusiurandum calumniae*, anche come disciplinato dalla normazione giustiniana, riesce di grande utilità per lo studio della responsabilità processuale. Invero, al pari di altri strumenti, il *iusiurandum calumniae* disciplinato da Giustiniano e, successivamente, elaborato dalla Glossa, mira alla

silenzio tenuto circa l'apporto della "trattatistica" di lingua tedesca del '600 e '700 alla questione dell'individuazione del fondamento logico-giuridico della condanna al ristoro delle spese giudiziali.

Sta di fatto che sarebbe stata proprio la trattatistica tedesca – che a sua volta avrebbe espressamente ripreso le conclusioni raggiunte dalla Glossa⁴⁷ e dal Commento⁴⁸ nonché le riflessioni della scuola "culta" – a teorizzare e a suffragare compiutamente l'assunto che la condanna alla rifusione delle spese, lungi dall'essere ritenuta una conseguenza a dir poco automatica della soccombenza, potesse e dovesse essere indotta o dalla *temeraria citatio*, o dalla *contumacia*, o dal *retardatus processus*, o dalla *victoria*.

repressione della mala fede delle parti. Con conseguenze eminentemente giuridiche, quali sono quelle raccordate alle *poenae pecuniariae* e alla *infamia*.

⁴⁷ CORDOPATRI, *L'abuso del processo. I. Presupposti storici*, cit. 261 ss. e 313 ss. La Glossa, nella ricostruzione storica operata dall'A. riprende e reitera, seppure con qualche originaria incertezza e più *culta* peculiarità, la configurazione romanistica della responsabilità processuale basata sulla violazione di doveri processuali. Ne costituiscono larga testimonianza le speculazioni relative alla responsabilità del contumace e dell'appellante. Ne è ancora conferma quella sulla desistenza dalla lite come esimente della responsabilità. All'evidenza anche la Glossa, come il diritto romano, configura la responsabilità processuale solo sul presupposto della violazione di doveri processuali, anche a prescindere dalla soccombenza come pronuncia sul merito della lite. Ma, essa, distaccandosi dai risultati attinti in diritto romano, per la via dell'impiego di concetti estratti dal diritto sostanziale, concentra i suoi sforzi speculativi sulla individuazione dell'elemento soggettivo qualificante quella violazione. E si va a costruire il sistema della responsabilità processuale esclusivamente sulla violazione (dolosa) di doveri processuali. La problematica della responsabilità processuale finisce, così, per incentrarsi sul ruolo della *probabilis causa litigandi*, su quello della *iusta ignorantia*, sul ruolo del *iuramentum calumniae*. Da elemento soggettivo di qualifica della violazione, il dolo diviene elemento costitutivo della responsabilità processuale. Con la conseguenza che le cause di esclusione di esso divengono cause di esclusione della responsabilità.

⁴⁸ CORDOPATRI, *L'abuso del processo. I. Presupposti storici*, cit. 327 ss. Testimone autorevole del travaglio durato dal trapasso dalla Glossa al Commento e, dunque, agli *ordines iudicarii* e alla prassi più *culta* è senz'altro il transalpino Jacobus de Ravanis, il quale, anzitutto, informa della persistente mancata applicazione della regola del *victus victori*, che riesce "*dyabolica corruptela contra omnem rationem et aequitatem; est malitia calumniandi*". Sul piano dogmatico richiama, poi, senza peraltro alcuna pretesa di originalità, le eccezioni alla regola in discorso, costituite dalla *contumacia adversarii* e dalla *iusta ignorantia*. Al fondo si continua a ravvisare la genesi della condanna alle spese nel doloso o colposo comportamento di colui che ha preso parte al processo ed è risultato soccombente, nell'accezione di colui che abbia agito o resistito senza giustificazione alcuna.

Con la precisa avvertenza che, in genere, tutti questi presupposti della condanna alle spese sarebbero dovuti essere posti sullo stesso piano.

E con il rilievo specifico che la *victoria* di una parte, lungi dall'essere intesa come espressione simmetrica e contraria alla soccombenza in senso oggettivo, sarebbe stata invece ritenuta essa stessa come indizio evidente della *malitia* dell'altra parte, la cui sconfitta nell'agone giudiziario nient'altro sarebbe significato – in assenza di una *iusta causa litigandi* – se non che la stessa avesse avanzato una pretesa infondata.

All'evidenza, la regola del *victus victori* avrebbe continuato a conservare, anche nella trattatistica tedesca la più risalente valenza semantica: la valenza, cioè, di regola in base al quale il soccombente sarebbe stato tenuto alla rifusione delle spese non perché e in quanto tale, ma perché, attraverso la soccombenza, egli avrebbe mostrato di avere intrapreso o condotto una *lis calumniosa* o meramente *colposa*, abusando, pertanto, del processo.

4. – Disamina comparativa con diversi ordinamenti in tema di abuso del processo.

La difficoltà nel poter reagire a pratiche abusive in tema di processo, secondo molti commentatori⁴⁹ risiederebbe, da noi, innanzitutto nell'assenza di una regolamentazione organica del fenomeno cui può farsi solo riferimento attraverso l'indiretto utilizzo di singole norme, quali, ad esempio, l'art.88 c.p.c., che impone alle parti ed ai loro difensori il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità, nonché dalla quasi totale mancanza di specifici strumenti sanzionatori che, laddove,

esistenti appaiono sforniti di una sufficiente forza dissuasiva e sono, in ogni caso, scarsamente applicati dai giudici.

Ma, al di là della scarsità di riferimenti normativi cui appigliarsi, ciò che è finora mancato nell'ambito dell'ordinamento italiano è stata la nascita e la conseguente evoluzione di una vera e propria cultura dell'abuso, che, per contro, è proliferata soprattutto nei sistemi regolati dal *common law*, ma non solo: anche in altri Paesi il cui ordinamento è disciplinato dal *civil law*, il fenomeno dell'abuso del processo è stato non solamente normato, ma anche ampiamente sviscerato dalla prassi applicativa e dalla teoria.

Fa d'uopo, pertanto, per meglio comprendere le difficoltà in cui versano giurisprudenza e dottrina italiane, operare un breve *excursus* comparativo, cominciando proprio dai sistemi di *common law*.

4.1 – (Segue) La cultura dell'abuso negli ordinamenti di *common law*.

Nella visione angloamericana il principale cardine sul quale si fonda il principio della *fairness* dei giudizi – ovverosia il caposaldo del *due process of law*, come sintesi di più garanzie, strutturali e dinamiche di legalità procedurale⁵⁰ – ha una doppia anima: tecnica ed etica.

A corollario di ciò sta la correttezza e legalità dei principi regolatori e delle strutture degli apparati di giustizia, guardati in termini oggettivi, nonché la correttezza e la lealtà dei comportamenti di chi si avvale degli strumenti processuali

⁴⁹ GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, 45 ss.; COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 331 ss.

⁵⁰ VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile. Due Process of Law e art.24 Cost.*, Milano, 1970, 63 ss., 75 ss., 99 ss.

di azione o difesa o di chi esercita la *jurisdictio*, guardati dal punto di vista soggettivo.

Tutto questo determina una serie di conseguenze: in primo luogo, i contenuti garantistici, racchiusi nella forma del *due process of law* rientrano in quella che modernamente può definirsi come “costituzione in senso materiale”, assumendo qualificazioni ambivalenti, che sono allo stesso momento processuali e sostanziali, in netto contraltare con la distinzione dogmatica, tipica delle codificazioni di *civil law*, delle due aree del diritto⁵¹.

In secondo luogo, la *fairness* dei sistemi di giustizia non è necessariamente subordinata ad una precostituzione normativa di istituti, di forme, di atti o situazioni soggettive, scaturendo invece dall’insieme delle tradizioni sociali, etico-religiose, culturali e giuridiche delle Nazioni di lingua inglese.

Dunque l’“abuso” non necessita di alcuna definizione precostituita e si identifica in tutte quelle attività processuali, da chiunque compiute, che, sebbene siano formalmente riconducibili alle garanzie di legalità del processo, si pongano sostanzialmente in antitesi con l’etica che pervade ciascuna di esse.

I riflessi che ne derivano stanno nel fatto che la nozione di “abuso” non richiede riscontri extraprocessuali e che lo stesso si configura e va egualmente sanzionato nei confronti del soggetto “abusante” a prescindere dall’accertamento di specifici profili di imputabilità o di responsabilità soggettiva, ma per il sol fatto che comportamenti “abusivi” confliggono con i principi del *due process of law*⁵².

Ed è, probabilmente, l’estrema “naturalzza”, caratterizzante il potere di controllo e di sanzione che il giudice procedente, in tal tipo di ordinamenti, è in grado

⁵¹ COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, cit. 331, in nota n.43 rammenta che l’impostazione dogmatica angloamericana si regge sul brocardo *ubi remedium ibi jus*, che si distingue dal “nostro” *ubi jus ibi remedium*.

⁵² CORDOPATRI, *L’abuso del processo. II. Diritto positivo*, Padova, 2000, 659.

di esercitare nei confronti dei soggetti processuali, ad essere difficilmente accettabile all'osservatore proveniente da un sistema di *civil law*⁵³.

Si prenda a paradigma, per individuare quei comportamenti che possono integrare un abuso del processo nei sistemi di *common law*, il processo federale nordamericano.

Nel presentare alle corti qualunque atto difensivo (*pleading* in senso proprio od ogni altra istanza) la parte personalmente, ovvero, nel caso di difesa tecnica, l'avvocato munito di procura, nell'apporre a quell'atto la propria sottoscrizione, certificano e garantiscono – al meglio delle proprie conoscenze – che: l'atto medesimo non viene formato ed utilizzato per “fini impropri”; la tesi e le argomentazioni giuridiche, contenute ivi, sono supportate da norme vigenti o, comunque, da *nonfrivolous arguments* diretti a propugnare una diversa interpretazione delle norme; le allegazioni di fatto si fondano su prove già acquisite o sono suscettibili di avere piena conferma probatoria, dopo un'ulteriore attività di investigazione e di *discovery*; le allegazioni negative o le contestazioni dei fatti avversamente allegati sono, a loro volta, fondate su riscontri probatori o ragionevolmente giustificate, ove occorra, da una personale carenza di informazioni.

A fronte di comportamenti di tal fatta, poi, le sanzioni che il giudice può irrogare alla parte od al suo difensore sono molteplici e possono consistere in *directives of a nonmonetary nature*, in ordinanze di pagamento di una pena pecuniaria (*penalty into court*) o, anche, su istanza di parte e per scopi di effettiva *deterrence*, in provvedimenti di condanna al rimborso, totale o parziale, di spese ed

⁵³ COMOGLIO, *Etica e tecnica del “giusto processo”*, Torino, 2004, 337-347. A tale proposito l'A. sottolinea come sia ormai noto che il ruolo attivo del giudice – con la progressiva erosione del dogma della neutrale passività, proprio del tradizionale *adversary system* – si è mano a mano arricchito di sempre più ampi poteri che, attraverso la polivalente funzione del *case management*, sono espressamente orientati verso una conduzione corretta, rapida e “giusta” dei procedimenti, ma anche, ove necessario, verso l'accertamento dialettico della “verità” dei fatti controversi.

onorari d'avvocato – purché ragionevoli – provocati alla controparte dalla violazione dei predetti obblighi di certificazione⁵⁴.

Ma ancor più incisive – sia in Inghilterra che negli Stati Uniti – possono essere le sanzioni collegate alla violazione dei doveri di *disclosure* e di *discovery*⁵⁵, che, nel rispetto al peculiare principio della *best evidence*, gravano sulle parti nella fase del *pre-trial*⁵⁶.

Ciò vuol dire che se una parte o il suo difensore si rifiuta di ottemperare ad un ordine del giudice che autorizza od impone una *compelled disclosure of discovery*, il giudice medesimo, su istanza della parte interessata sceglie e adotta le sanzioni ritenute più giuste in rapporto all'accertata violazione, potendo, tra l'altro: dare per "accertati", in favore della parte che li allega, i fatti cui si riferisce l'istanza di *compelled disclosure*; non ammettere la parte inottemperante a sviluppare o a contrastare determinate difese oppure a dedurre o produrre prove su determinati temi istruttori; escludere o espungere dal *thema decidendum* talune parti dei *pleadings*, sospendere il corso ulteriore del procedimento sino ad avvenuta ottemperanza, ovvero pronunciare provvedimenti "reiettivi" o provvedimenti decisori *by default*, in danno della parte inottemperante; considerare in alternativa o in aggiunta a tali sanzioni, l'inosservanza dell'ordine di *disclosure* come un "disprezzo della Corte" (*contempt of court*)⁵⁷, sì da perseguirlo come tale.

⁵⁴ CORDOPATRI, *L'abuso del processo. II*, cit., 662 ss. L'A. tiene particolarmente a sottolineare il fatto che – a differenza di quanto accade nei sistemi di *civil law* – la condanna alle spese, lungi dall'essere rigidamente ancorata al requisito oggettivo della soccombenza (in rapporto all'esito della lite), si uniforma, nella discrezionale valutazione del giudice, ai variabili comportamenti processuali delle parti.

⁵⁵ Più ampiamente, dei doveri di collaborazione nel reperimento delle fonti di prova.

⁵⁶ FERRARI, *La "prova migliore". Una ricerca di diritto comparato*, Milano, 2004, VIII-359.

⁵⁷ DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, 1, Inglese-Italiano, Milano, 1984, 531-534. Il *contempt of court*, articolandosi in sanzioni di tipo pecuniario e patrimoniale o, in casi estremi, anche in restrizioni temporanee della libertà personale, costituisce un *unicum* delle procedure giudiziarie di *common law*, assumendo altresì, più in generale, una rilevanza preventiva e compulsoria indiretta, nell'ambito dell'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali.

Tutto questo significa che in tal tipo di ordinamenti il margine di discrezionalità del giudice è ampio al punto tale ch'egli può non limitarsi ad irrogare a carico del soggetto "abusante" misure condannatorie che attengano alla sfera delle spese processuali, ma ha il potere di imporre sanzioni processuali ben più gravi, le quali possono addirittura condizionare il contenuto della decisione di merito, comportando l'esclusione, l'inammissibilità, l'irricevibilità o il rigetto di talune domande, eccezioni o difese, di cui si riconosca il carattere "abusivo", in quanto orientate verso il perseguimento di fini dilatori o emulativi, contrari all'etica del *due process of law*.

4.2 – (Segue) L'abuso del processo in altri ordinamenti di *civil law*.

Per comprendere lo stato di "smarrimento" e "confusione" che caratterizza la dottrina italiana, tutt'altro che uniforme sulla tematica dell'abuso del processo, può essere interessante porre un rapido sguardo sul come in altri ordinamenti di *civil law* – e, in particolare, a taluni sistemi continentali europei, a noi più vicini per affinità culturale e tradizioni giuridiche⁵⁸ – viene risolta la tematica; ordinamenti che, dal punto di vista normativo, forniscono, di certo, maggiori appigli anche all'interprete.

Così, mentre in Italia nel codice di rito l'abuso del processo è un concetto del tutto sconosciuto, in Francia il *code de procédure civile* disciplina l'*abus d'agir en justice* nell'art.32-1, sebbene, per la verità, neppure questa norma operi una tipizzazione delle fattispecie riconducibili all'abuso processuale.

E, anche dal punto di vista sanzionatorio, la Francia è molto avanti all'Italia prevedendosi, nell'ipotesi di *action abusive*, una duplice sanzione di natura

⁵⁸ TARUFFO, *I poteri delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 451 ss.

pecuniaria: *des dommages-intèrets*⁵⁹ e una *amende civile*⁶⁰, i primi versati alla controparte vittima dell'abuso, la seconda allo Stato.

Peraltro è stato notato che questa dualità esprime bene l'ambivalenza *de l'action en justice* la quale è diritto soggettivo e libertà pubblica, che mette in gioco interessi privati, ma nel quadro, appunto, di un servizio pubblico.

È pur vero che anche in Italia si sta facendo prepotentemente largo l'idea che il processo non possa essere più guardato in un'ottica esclusivamente privatistica, come un "affare" che coinvolga solo le parti in lite, prendendo sempre più piede, quindi, la convinzione che il processo debba essere considerato anche nella sua connotazione pubblicistica, ovverosia come uno strumento – una risorsa non inesauribile, ma addirittura scarsa – che deve restare a disposizione della collettività: in altre parole il processo deve essere considerato come un "bene" che può essere utilizzato dalle parti, ma senza esaurirne le potenzialità, giacché deve poter essere pienamente impiegato non solo da quei soggetti già coinvolti in una controversia, ma anche da tutti quegli altri consociati che possano o debbano, eventualmente, fare ricorso al giudice per dirimere vertenze tra loro insorte od insorgende e che, di fronte ad abusi perpetrati in una pluralità di giudizi già pendenti, potrebbero pagare, indirettamente, un alto prezzo in termini di irragionevole durata e, dunque, di effettività di tutela.

E proprio questa consapevolezza si riflette nella più attuale giurisprudenza che evoca l'abuso del processo per stigmatizzare pratiche processuali distorsive.

Orbene, proprio allo scopo di imporre sanzioni con finalità che non siano esclusivamente riparatorie o compensative, ma anche di deterrenza, per parte della

⁵⁹ Si vedano gli artt.32-1, 118, 353, 559, 581.

⁶⁰ Cfr., ad es., l'art.31-1, per l'azione ritenuta "dilatatoria" o "abusiva"; l'art.353, nel caso di rigetto di un'istanza di ricusazione; l'art.581, per il ricorso straordinario ritenuto "dilatatorio" o "abusivo"; l'art.559, per l'appello principale egualmente qualificato "dilatatorio" o "abusivo".

dottrina sembrerebbe opportuno disancorandole dalla disciplina delle spese, facendo ricorso, eventualmente alle cd. pene private, già peraltro previste nell'ambito del nostro ordinamento ovvero a sanzioni che colpiscano non solo il comportamento, ma direttamente l'atto abusivo con dichiarazione di inammissibilità⁶¹.

V'è da dire, tra l'altro, che un sistema di sanzioni processuali irrogabili dal giudice alle parti⁶², pure analitico ed incisivo, al pari di quello francese, trova riscontro altresì in alcuni ordinamenti di lingua spagnola e portoghese, nei quali, appunto, la condanna alle spese non è mai rigidamente ancorata al fatto oggettivo della soccombenza⁶³.

In questi sistemi, fermo il fondamentale rispetto del principio dispositivo, il ruolo attivo del giudice nella direzione del procedimento è, tuttavia, forte a tal punto da imporgli non soltanto l'attuazione concreta del *debido proceso* (o del *devido proceso legal*), ma anche la prevenzione e la repressione di qualsiasi atto "abusivo" o, comunque, "contrario a giustizia".

Inoltre sono spesso codificati con chiarezza, a carico delle parti (e di ogni altro soggetto intervenuto nel processo), sia i doveri di lealtà e buona fede⁶⁴, sia il dovere di verità nell'allegazione dei fatti e nell'esposizione delle difese⁶⁵, sia, talora, sono previsti testualmente i comportamenti ritenuti espressione tipica del litigante in mala fede⁶⁶.

⁶¹ GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, cit., 45 ss.

⁶² Nei loro confronti, quando vi siano violazioni di norme deontologiche, l'art.247, comma 4, della LEC spagnola del 2000 prevede una regola analoga a quella contenuta nell'art.88, comma 2, del nostro c.p.c. (vale a dire il rapporto all'autorità ordinistica forense, titolare della potestà disciplinare).

⁶³ Si vedano nella LEC spagnola, gli artt.241-246 (*tasación de costas*); nel c.p.c. brasiliano del 1973, gli artt.19-20, 21-35.

⁶⁴ Cfr. nell'ordinamento spagnolo l'art.1, comma 1, della L. 01 luglio 1985, n.6 (LOPJ) e l'art.247, comma 1, della LEC; nell'ordinamento brasiliano, l'art.14, II, del c.p.c.

⁶⁵ Cfr. l'art.14, I, del c.p.c. brasiliano.

⁶⁶ Cfr. l'art.17 del c.p.c. brasiliano, in cui viene indicato, tra l'altro, l'alterazione della verità dei fatti, l'utilizzazione del processo per conseguire *objetivo ilegal*, il procedere in modo temerario o l'opporre resistenze ingiustificate, l'interporre ricorso "*com intuito manifestamente protelatorio*".

In tale quadro i poteri sanzionatori del giudice assumono particolare risalto, essendo questi tenuto a rigettare di ufficio, motivatamente, le domande e le eccezioni che risultano proposte con “finalità dilatoria” o con “manifesto abuso di diritto”, ovvero implicino una “frode alla legge” od una “frode processuale”⁶⁷.

Il giudice deve inoltre dichiarare inammissibili e inutilizzabili le prove formate od acquisite in modo illecito o con violazione dei diritti costituzionalmente garantiti⁶⁸, adottando comunque i provvedimenti più idonei a neutralizzare in tutti i modi le finalità abusive perseguite dalle parti⁶⁹.

Il giudice ha peraltro il potere-dovere di sanzionare ogni comportamento processuale contrario al principio di buona fede, irrogando alla parte responsabile congrue multe⁷⁰, in aggiunta o in alternativa ad altre forme di indennizzo o di risarcimento⁷¹.

Fa d’uopo concludere questo breve *excursus* comparativo facendo riferimento ai sistemi di lingua tedesca, cui il legislatore italiano, ma anche la dottrina, spesso e volentieri si ispira.

Anche negli ordinamenti succitati grava tradizionalmente sul giudice l’ampio potere-dovere – il cui possibile abuso è, comunque, a sua volta suscettibile di denuncia o di verifica impugnatoria⁷² – di dirigere il procedimento ed il giudizio

⁶⁷ Cfr., nella LEC spagnola, l’art.247, comma 2, nonché l’art.1, comma 2, della LOPJ del 1985. Di *abusos “en la substanciación del juicio”*, da perseguire e da eliminare ad opera del *Magistrados Ponentes*, si parlava anche nell’art.337 della LEC previgente del 1881.

⁶⁸ Cfr. l’art.11, comma 1, della LOPJ del 1985, nonché gli artt.130 e 332 del c.p.c. brasiliano.

⁶⁹ Cfr., nell’ordinamento spagnolo, l’art.75, comma 1, della *Ley de procedimiento laboral* n.521/90; nel c.p.c. brasiliano, l’art.129.

⁷⁰ Cfr., nella LEC spagnola, l’art.247, comma 3, in cui viene fissato il limite di 1/3 del valore della causa; l’art.112, comma 1, e l’art.227 della LOPJ del 1985, per il caso di un’istanza di ricasazione proposta in mala fede; nel c.p.c. brasiliano, l’art.18, comma 1, ove il limite massimo è dato dall’1% del valore della lite.

⁷¹ Cfr. l’art.75, comma 3, della *Ley de procedimiento laboral* n.521/90, nonché l’art.18 §§ 1-2, del c.p.c. brasiliano, ove il limite massimo dell’indennizzo è fissato nel 20% del valore della lite.

⁷² Dopo le riforme del 2002-2003, che hanno ristrutturato l’appello quale impugnazione finalizzata essenzialmente al controllo degli errori che siano stati commessi nel processo di prime cure, si

dettando i ritmi processuali della trattazione orale e sottoponendo ad un elastico controllo il meccanismo delle preclusioni, in modo da condizionare la durata ragionevole del processo, reprimendo all'un tempo ogni intento defatigatorio o abusivo delle parti⁷³.

Deve aggiungersi ancora che, anche in questi casi, a differenza di quanto previsto dall'ordinamento processuale nostrano, le parti ed i loro difensori sono gravati da un preciso dovere di "verità" e "completezza" nell'allegazione dei fatti⁷⁴, nonché da un onere, non meno preciso, di prendere posizione sui fatti allegati dalle controparti e dall'onere correlato di provvedere tempestivamente alla loro "espressa contestazione", onde evitare che quei fatti vengano, altrimenti, considerati come "ammessi" e, quindi, come non più controversi ai fini decisori⁷⁵.

Fermo tutto ciò, però, quel che conferisce, peraltro, corpo al divieto di "abuso" e di "frode" nel processo è il principio di buona fede, non enunciato espressamente dalle norme processuali, ma tratto analogicamente dal diritto materiale⁷⁶ e dalle garanzie processuali di matrice costituzionale.

A fronte di tutto ciò il quadro sanzionatorio non è tuttavia così articolato, tanto che, se si tralasciano le sanzioni processuali di cui si è poc'anzi detto, e se si considera che il governo delle spese di lite, pur essendo di regola retto dal principio del *victus victori*, resta in grande misura affidato alla discrezionalità del giudice⁷⁷, la violazione del dovere di "verità" può solo comportare a carico della parte

vedano, nella ZPO tedesca, i §§ 511, 513, 530-531, in riferimento ai §§ 545, 546, 547, relativi al giudizio cassatorio.

⁷³ Sull'ampia gamma della c.d. *Prozessleitung*, formale e materiale, diretta istituzionalmente ad impedire o a scoraggiare ogni manovra dilatoria ingiustificata (è la c.d. *Verschleppungsabsicht*), si vedano ad esempio, dopo le riforme degli anni 2001-2003: nella ZPO tedesca, i §§ 136, 137, 139, 140-142, 145-146, 278-279, 282 ss., 295, 296, 296-a; nella ZPO austriaca, i §§ 179, 180-184.

⁷⁴ *Wahrheitspflicht*: cfr. il § 138, I, della ZPO tedesca e il § 178 di quella austriaca.

⁷⁵ Cfr. ancora il § 138, della ZPO tedesca e il § 178 di quella austriaca.

⁷⁶ Ci si rifà, abitualmente, alla *Generalklausel* contenuta nel § 242 BGB.

⁷⁷ Cfr., nella ZPO tedesca, i §§ 91, 91a, 92, 93-101.

responsabile una condanna di carattere risarcitorio ad azione del litigante danneggiato⁷⁸.

Per completezza va tuttavia tenuto anche presente che non solo siffatti illeciti possono integrare un presupposto per l'impugnazione revocatoria della sentenza⁷⁹, ma configurare addirittura una specifica fattispecie criminosa⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. i §§ 823, II, 826, 843 BGB.

⁷⁹ Si pensi al § 580, n.4, ed al § 641i, ZPO dopo le riforme del 2002.

⁸⁰ § 263 StGB (*Prozessbetrug*).

CAPITOLO II

L'ABUSO DEL PROCESSO

CAPITOLO II

Sommario: 1. Nozione “minima” dell’abuso del processo: fondamenti generali. – 1.1 – (*Segue*) L’abuso processuale: illecito plurioffensivo. – 2. Abuso del processo: ricerca di un fondamento costituzionale in una prospettiva evolutiva del diritto. – 2.1 (*Segue*) L’abuso processuale: un diverso approccio. – 3 Dalle tentazioni al rifiuto dell’idea dell’abuso del processo... – 3.1 (*Segue*) ... sino alle teorie sulla sua assoluta inesistenza nell’ambito del nostro ordinamento... – 3.2 (*Segue*) ... e ad altre critiche provenienti dalla dottrina costituzionale in relazione alla volontà di contrastare, per via pretoria, attraverso l’abuso, l’irragionevole durata dei processi.

1. – Nozione “minima” dell’abuso del processo: fondamenti generali.

Nonostante le notevoli problematiche evidenziate, connesse con la figura oggetto di questo studio, per numerosi commentatori costituisce un dato ormai acquisito che si possa – anzi, per molti versi si debba – parlare di abuso con riferimento al processo, e al processo civile in particolare⁸¹.

Una constatazione, quindi, che sembrerebbe oggi, per la gran parte della dottrina pressoché scontata, ma che, nella storia delle concezioni relative a quest’ambito di diritto ha trovato significative smentite, permanendo, ancora oggi, sacche di resistenza al conferimento della cittadinanza di questo istituto nell’ambito del nostro ordinamento⁸².

Peraltro è importante osservare che già l’accoglimento – o, per converso, il rifiuto – dell’idea che riguardo alle attività del processo si possa parlare di abuso

⁸¹ CORDOPATRI, *L’abuso del processo*, Padova, 2000, *passim*; NICOTINA, *L’abuso nel processo civile*, Roma, 2005, *passim*; CATALANO, *L’abuso del processo*, Milano, 2005, *passim*.

⁸² DONDI, *Abuso del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2010, Annali III, 1.

assume una sorta di significato epitomico, emblema di una nozione caratterizzantesi come uno spartiacque per quanto concerne la cultura del processo civile⁸³.

D'altra parte non si può negare che parte delle difficoltà ad una piena accettazione dell'abuso del processo stanno nel fatto che un tale concetto è a lungo rimasto estraneo e, anzi, confliggente con una concezione, per così dire, liberale classica del processo civile, fondata sul dispiegamento del tutto libero – ossia illimitato – delle attività di difesa tecnica realizzabili dagli avvocati di parte⁸⁴.

Notoriamente, tale “estraneità” ha, in effetti, trovato giustificazione in un'accezione “privatistica” del processo civile, all'interno della quale alla nozione di disponibilità viene attribuito, in buona sostanza, un valore ulteriore rispetto al suo significato tecnico-probatorio, per assumere quello assorbente e pervasivo di disponibilità del processo e delle relative attività ad opera delle parti private e realizzata attraverso le attività dei difensori tecnici.

Il retaggio di tale attitudine culturale è tuttora presente nel nostro ordinamento e ciò rappresenta una circostanza null'affatto priva di riflessi sull'accoglimento della nozione che stiamo considerando⁸⁵, per alcuni essendo stata una delle cause di un ritardo, nell'ordinamento italiano, nell'elaborazione di una nozione autonoma di abuso del processo⁸⁶.

Per converso oggi, soprattutto all'esito della riforma costituzionale del 1999, sembra prevalere, in seno alla dottrina maggioritaria, la convinzione che il processo debba avere una connotazione fortemente “pubblicistica”; in altre parole il processo non può essere considerato solo ed esclusivamente “cosa” dei soggetti che vi fanno

⁸³ DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 787.

⁸⁴ DE ANGELIS, *Manovra economica del 2008, efficienza del processo del lavoro, abuso del processo*, in *ADL*, 2008, 1364 ss. In ogni caso, l'A. ritiene che l'esercizio di un'attività processuale abusiva vi sia solo quando pregiudica dolosamente l'efficace esercizio delle ragioni della parte.

⁸⁵ TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 63 ss.

ricorso per ottenere tutela delle loro situazioni giuridiche soggettive lese, ma deve essere, anche e prima di tutto, una risorsa a disposizione della collettività e, dunque, espressione di un bene che si può utilizzare senza esaurirne le potenzialità, che devono restare ad appannaggio di tutti coloro che abbiano ugualmente bisogno di tale strumento per risolvere le liti tra loro insorte⁸⁷.

Detto questo, la dottrina processualciviltistica che si è sentita mossa dalla volontà di elaborare una definizione a sé stante di abuso del processo, nel contesto degli approfondimenti su tale concetto, ha evidenziato come il punto di partenza delle indagini non poteva che essere la constatazione del fatto che sia possibile utilizzare abusivamente esclusivamente la situazione soggettiva della quale si sia titolari; se, infatti, il soggetto che pone in essere determinate condotte non fosse titolare del

⁸⁶ ANSANELLI, *Abuso del processo*, in *Dig. Civ., Aggiornamento*, cit.

⁸⁷ BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010, *passim*, ha osservato come la costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo abbia imposto all'interprete una nuova sensibilità ed un nuovo approccio interpretativo che obbligano, nella soluzione di questioni attinenti allo svolgimento del processo, a verificarla non solo sul piano logico-concettuale, ma anche e soprattutto a saggiarne l'impatto operativo rispetto all'obiettivo della riduzione dei tempi della giustizia, al fine di approdare ad un processo che anche per questo risulti giusto. Per TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo – Studio critico*, cit., 252 ss. si è andato sempre più diffondendo un approccio marcatamente economicistico del processo che fa prevalere la visione "macrogiudiziaria" su quella "microgiudiziaria". In altre parole, ci si sta convincendo che, in buona sostanza, anche l'efficienza del singolo processo, l'unico rilevante nella visione "microgiudiziaria", sia in definitiva condizionata dall'andamento generale. L'impostazione meno attenta a una visione d'insieme sarebbe quindi, per queste più recenti teorie, coerente con una concezione che considera la giurisdizione esclusivamente come espressione di sovranità e garanzia dei diritti. In questa prospettiva la giurisdizione sarebbe *funzione* da considerarsi senza costo e senza tempo. Sarebbe questa, quindi, una concezione "astratta e statica", evocativa di un contesto sociale ormai superato, poiché oggi l'interesse dovrebbe essersi spostato dall'astratta certezza del diritto alla certa definizione dei rapporti, che consenta di fare affidabili valutazioni ai fini della produzione (di beni o servizi) destinati allo scambio. Ciò premesso, viene rammentato che in una più raffinata elaborazione, sempre sul presupposto che la giurisdizione non sarebbe più da concepire solo come una *funzione* dello Stato moderno diretta all'attuazione del diritto nel caso concreto, ma anche, in primo luogo, come *servizio pubblico* diretto alla composizione delle controversie secondo giustizia – di modo che la congruità della risposta al bisogno di tutela, sarebbe una variabile dipendente dalla necessità di assicurare l'efficienza del sistema giuridico nel suo complesso – si individuierebbe nel principio di proporzionalità lo strumento concettuale in grado di

relativo diritto, potere o facoltà, non potrebbe correttamente dirsi che lo stesso pone in essere comportamenti abusivi, ma semplicemente che pone in essere comportamenti illegittimi, ovvero che viola delle norme di legge, ossia attività non riconducibili alla nozione di abuso.

Anche in ambito processuale – così come in campo sostanziale –, dunque, si potrà parlare di “utilizzo abusivo” esclusivamente con riferimento a quelle situazioni nelle quali il soggetto sia titolare del diritto di compiere una determinata attività processuale o di utilizzare un determinato strumento processuale, ma ponga in essere tali attività in maniera distorta, scorretta o impropria, e quindi abusiva⁸⁸.

Detto in altri termini, nelle ipotesi in cui non si sia in presenza del diritto di compiere un atto, potranno riscontrarsi condotte processualmente inammissibili o nulle, non già discorrersi di abuso della disciplina processuale.

Un altro elemento da tenere da conto, ove si voglia comprendere se un'attività compiuta col giudizio o nel giudizio possa essere annoverata o meno nell'ambito di quelle abusive, è la verifica della posizione del soggetto: è necessario distinguere fra quella della parte che sia tenuta a comportamenti predeterminati nel loro contenuto e quella di chi abbia la possibilità di scegliere discrezionalmente tra diverse alternative⁸⁹.

Solo nelle ipotesi in cui il soggetto può disporre di un'ampia facoltà di scelta tra i comportamenti da tenere, quindi, possono essere individuate manifestazioni di

consentire una risposta che possa unificare la prospettiva del singolo processo e quella dell'insieme dei processi.

⁸⁸ TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in AA.VV., *Il diritto privato – III. L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 476.

⁸⁹ ANSANELLI, *Abuso del processo*, in *Dig. Civ.*, cit., 3. Per l'A., nel primo caso, la scelta del soggetto è sostanzialmente limitata all'alternativa tra il compiere o l'astenersi dal compiere l'attività imposta dalla norma (e con il prodursi delle conseguenze spesso previste dalla norma stessa). In tale ipotesi, non pare che le scelte effettuate dal soggetto possano integrare comportamenti abusivi.

abuso del processo. Ne consegue che è verosimile considerare l'abuso quale improprio o scorretto esercizio di un potere propriamente discrezionale⁹⁰.

È in tale contesto che appare collocabile la definizione – seppure minimale e di non agevole applicazione – di abuso del processo, quale utilizzazione distorta di uno strumento processuale per il conseguimento di scopi diversi da quelli propri, ossia per il perseguimento di finalità che non rientrano tra quelle alle quali detto strumento era stato preordinato.

1.1 – (Segue) L'abuso processuale: illecito plurioffensivo.

Autorevole dottrina ha ritenuto, anche sulla scorta di quanto poc'anzi riportato, che i comportamenti diretti a mettere in difficoltà l'avversario senza violare norme di diritto, né nuocere all'efficienza dell'amministrazione della giustizia, non possano automaticamente considerarsi abusi meritevoli di sanzione.

Una siffatta idea porterebbe ad aderire ad una concezione dell'abuso del processo come illecito plurioffensivo⁹¹.

Quest'affermazione, sebbene condivisa dalla grande parte del pensiero giuridico, tendente a ricondurre il processo ad un "affare" che, anche nel momento patologico o di sua distorsione, non coinvolge solo gli interessi dei soggetti privati, ma lo stesso sistema giustizia, come bene della collettività, è stata oggetto di precisazioni, proprio laddove l'abuso viene qualificato come una fattispecie di

⁹⁰ TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in AA.VV., cit., 477. L'A. precisa che i fenomeni di utilizzazione abusiva in ambito processuale vanno ricercati in via privilegiata tra le ipotesi nelle quali la parte ha una discrezionalità di scelta tra gli scopi da perseguire.

⁹¹ TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in AA.VV., cit., 435.

illecito: precisazioni nascenti anche sulla scorta del valore semantico dei termini utilizzati.

Posto che non esiste nel nostro ordinamento una definizione generale di illecito e che la stessa dottrina usa al riguardo formule piuttosto generiche⁹², taluno si è domandato se e quanto fosse corretto parlare dell'atto abusivo come di un atto illecito⁹³.

La risposta non può che prendere le mosse dalla constatazione che l'atto abusivo – come pure già accennato – non si caratterizza per essere un atto posto in violazione diretta di un comando giuridico, giacché esso si dovrebbe tradurre, viceversa, nell'esercizio di una prerogativa lecita che, però, travalica l'interesse per il quale è stata riconosciuta ed in questo senso si porrebbe come antigiuridico.

Si è al tempo stesso tuttavia ritenuto, che in considerazione della presenza nel nostro ordinamento di una norma del codice di rito, l'art.88 – che pone in capo alle parti il dovere di lealtà e probità – che, se letta alla luce del contesto costituzionale, fa del giusto processo un complesso valoriale con il quale confrontarsi, si potrebbe arrivare a dire che l'atto abusivo si pone in violazione diretta di questo comando⁹⁴.

⁹² BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1991, 1. Per TRIMARCHI, voce *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 90, l'illecito costituisce la violazione di un comando o di un divieto. Per SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1962, 164, trattasi di un qualsiasi fatto che costituisca la trasgressione di una regola, divenendo così oggetto di una adeguata reazione. Casetta, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, 9. L'A. asserisce essere generica anche quella definizione che fa leva sull'art.28 Cost. ove si menzionano gli atti ai quali corrisponde una responsabilità secondo le leggi penali, civili ed amministrative.

⁹³ GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, 30 ss.

⁹⁴ Per completezza pare opportuno riferirsi anche a TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo – Studio critico*, cit., 139 ss., il quale, nell'ambito del proprio studio, fa riferimento al contributo di ATIENZA-MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del processo, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, trad.it., Bologna, 2004, *passim*. Nell'opera appena citata l'abuso del diritto (e così l'abuso del processo in quanto abuso di un diritto fondamentale) viene inserito nel novero dei c.d. illeciti atipici, che si inseriscono nel rapporto fra regole e principi. Dagli Aa. viene innanzitutto data una definizione di illecito atipico: un atto conforme ad una regola permissiva, ma contrario ad un principio e per questo proibito. Ciò per poi successivamente affermare che la nozione di illecito atipico è

Ciò nonostante però, secondo quest'idea, la distinzione tra atto abusivo ed atto illecito manterrebbe ugualmente una sua utilità perché idonea a descrivere fattispecie che possono essere collocate in rapporto di genere, l'illecito, a specie, l'abuso.

2. – Abuso del processo: ricerca di un fondamento costituzionale in una prospettiva evolutiva del diritto.

Per taluni commentatori quell'imbarazzo e quella prudenza con i quali si trattava il tema dell'abuso del diritto e del processo – riconducibili a quell'idea liberale per la quale il diritto o si esprime in una libertà, o tale non è – sembrano superati ed assorbiti dal contesto costituzionale e sovranazionale nel quale oggi si

incompatibile con le teorie di stampo positivista, poiché esse non si preoccupano del fatto che l'ordinamento giuridico sia composto da regole e da principi. Vien detto, quindi, che, per comprendere questa idea, bisogna collocarsi in una prospettiva ordinamentale caratterizzata dall'esistenza non semplicemente di regole, ma anche di principi, a loro volta distinguibili in principi in senso stretto e direttive, o norme programmatiche. In tale contesto gli illeciti, che sono condotte contrarie a norme di comando, possono essere tipici, nel caso in cui si oppongano alle regole, atipici nel caso in cui si oppongano ai principi. All'interno della categoria degli illeciti atipici, poi, viene effettuata un'ulteriore distinzione. Da un lato vi sono quelli che sono il risultato dell'estensione analogica dell'illiceità stabilita in regole (*analogia legis*) o il risultato di una mera ponderazione tra i principi rilevanti del sistema, il bilanciamento dei quali esige la creazione di una nuova regola proibitiva (*analogia iuris*), dall'altro quegli illeciti atipici che invertono il senso di una regola: *prima facie* esiste una regola che permette la condotta in questione, la quale tuttavia – a causa della contrarietà ad uno o più principi – si converte in illecita. Ed è proprio questo, secondo i due filosofi del diritto iberici, che succede nei casi di abuso del diritto, frode alla legge e sviamento di potere. Questa teoria non è stata indenne da critiche in quanto giustificativa di un potere di auto-integrazione del diritto, che faceva ricorso all'interpretazione sistematica ed ai principi generali. Vi sarebbe stato in questo senso un processo di costituzionalizzazione del diritto riflettente i *desiderata* del neocostituzionalismo metodologico e di quello ideologico. Ma in tal modo, vien detto, non si farebbe che aumentare l'indeterminazione dei sistemi giuridici contemporanei, abbassando il livello di certezza del diritto (COMANDUCCI, *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, in *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, a cura di Vito Velluzzi, Pisa, 2012, 29 ss.).

collocano i diritti, oggetto di un continuo bilanciamento che assicura l'equilibrio dei contrapposti interessi in una prospettiva evolutiva⁹⁵.

È proprio in questa prospettiva, infatti, che dovrebbe cogliersi la suggestione offerta dal fenomeno dell'abuso del diritto e del processo che manifesterebbe tutta la sua carica innovativa nel momento in cui il diritto positivo esprime le sue rigidità⁹⁶.

Rigidità che evidenziano la difficoltà in cui è venuto a trovarsi il nostro ordinamento giuridico, fondato sulle codificazioni, che sempre più non riesce a tenere il passo con i tempi.

D'altra parte è stato sottolineato, sul punto, come sia innegabile il fatto che la società viaggi ad una velocità superiore a quella che il legislatore sa tenere, le nuove esigenze emergendo sempre più spesso in sede giurisdizionale.

Questo non significa però, per tale corrente di pensiero, fare dell'abuso uno strumento di eterointegrazione del diritto fondato su valori esogeni rispetto all'ordinamento giuridico, sebbene, in un contesto come il nostro, caratterizzato dalla presenza di una Costituzione che positivizza direttive etiche ad ampio spettro semantico – come solidarietà, dignità umana, uguaglianza – sia difficile immaginare quali valori possano collocarsi al di fuori del sistema stesso.

Per questo orientamento, pertanto, il timore che attraverso la teoria dell'abuso si attui un'eccessiva ingerenza del sindacato giudiziario nella sfera giuridica potrebbe tutt'oggi rivelarsi fondato se non fosse che, all'attualità, non si possa fare a meno del delicato compito dei giudici, non più solo "bocca della legge", ma catalizzatori di nuove esigenze sociali ancora metagiuridiche, ma non per questo non appartenenti all'ordinamento in quanto espressione del sistema valoriale consacrato dalla Costituzione.

⁹⁵ BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Napoli, 2009, *passim*.

⁹⁶ GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, 16.

Ciò sarebbe consentito attraverso il ricorso – nell’ambito della *ratio decidendi* dei giudici – a clausole generali che consentirebbero quella duttilità di cui necessita una società in continuo movimento, clausole non sempre codificate, ma anche ricavate induttivamente dal sistema, come appunto quella dell’abuso del diritto o del processo⁹⁷.

⁹⁷ TROPEA, *L’abuso del processo amministrativo – Studio critico*, cit., 169 ss. Secondo l’A., uno studio che voglia soffermarsi, almeno in prima battuta, sugli aspetti dogmatico-teorici dell’abuso del diritto (e del processo), non può trascurare il dibattito sulle clausole generali, vista la stretta connessione col tema, anche sul piano della teoria delle fonti e della “politica del diritto”, poiché esso ha ineluttabilmente incrociato il discorso sul ruolo della giurisprudenza e sui poteri “creativi” del giudice. Peraltro, la “dimensione processuale” del fenomeno delle clausole generali non riguarda solo quest’ultima tematica di ampia portata, ma anche la possibilità che norme processuali ricorrano all’utilizzo di clausole generali, nonché la questione di assoluto rilievo del sindacato esercitabile dalla Corte di Cassazione sulle stesse. Tuttavia il tema delle clausole generali non è privo di insidie. Le prime, di carattere terminologico, sono collegate col fatto che spesso si confonde la nozione di “clausola generale” con quella di “concetto giuridico indeterminato”, di *standard*, di principio del diritto, per fermarsi ad alcuni degli usi linguistici più diffusi. Vien detto, poi, che un modo diffuso di trattare la questione delle clausole generali avviene dal punto di vista strutturale. Esse, fra le quali vengono significativamente annoverati sia l’abuso del diritto sia la buona fede, sono configurate quali tecnica legislativa di tipo non casistico, che consente di disciplinare un ampio numero di casi in virtù della sua generalità o indeterminatezza. Sul punto taluni discorrono di “indeterminatezza intenzionale”, mostrando di ritenere che nel caso delle clausole generali l’indeterminatezza sia voluta dal legislatore e non derivante dalla mera equivocità della formulazione della norma. Quanto ai rapporti coi principi, poi, si ritiene che questi ultimi indichino i valori fondativi di un ordinamento o di una sua parte, là dove le clausole generali sono destinate ad operare nell’ambito dei principi stessi. Secondo taluni l’indeterminatezza della clausola generale si connota, a differenza dei concetti indeterminati sul piano del valore. Altri parlano in tal senso di “norma elastica”. Portando queste ricostruzioni sul piano dei poteri del giudice, viene ritenuto che nelle clausole generali vi sia una “delega” al giudice perché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta nei termini e nelle parole che la compongono, e costruita secondo i criteri che l’ordinamento stesso gli prescrive di seguire. Più di recente sembra che l’espressione “clausola generale” sia stata abbandonata in favore della differente espressione “vaghezza socialmente tipica (o da rinvio)”. Essa sarebbe caratterizzata da due elementi fondamentali: il rinvio a valori extragiuridici e la variabilità dei criteri applicativi. Quanto alle differenze coi principi, questi, quando non includano a loro volta un concetto vago socialmente tipico, non fanno alcun rinvio ai mutevoli valori extragiuridici. Inoltre i principi rappresentano il fondamento dell’intero sistema giuridico, o di singoli settori di esso, ed hanno funzione unificante, servendo a riempire le lacune, mentre le norme che contengono nozioni vaghe socialmente tipiche non hanno funzione unificante, spesso trovano una collocazione periferica nel sistema, non consentono l’*analogia iuris*. Si comprende, a questo punto, come, seguendo questa impostazione, risulti decisiva la scelta se annoverare l’abuso fra i concetti vaghi socialmente tipici o fra i principi, coi quali sovente l’abuso viene sovrapposto, o, comunque, dei quali viene spesso ritenuto espressione. Ebbene, viene rammentato dall’A., quest’ultima tendenza trova degli ascendenti

In particolare questo pensiero giustifica quella giurisprudenza che ha evocato ed evoca i temi del giusto processo e della sua ragionevole durata, divenuti canoni costituzionali alla luce dei quali interpretare le norme codicistiche e quelle scelte legislative, proprie non solo del nostro ordinamento, che attribuiscono sempre più poteri direttivi al giudice nel nome dell'accelerazione e della moralizzazione dei processi⁹⁸.

Sarebbero proprio le norme costituzionali a costituire il tratto d'unione tra il diritto materiale e quello processuale, capaci di traslare alcuni istituti e valori tipici del primo, anche nel secondo.

Così la nozione di *causa*, quale selettore di un'esigenza primaria dell'ordinamento giuridico e tipica del diritto sostanziale, sul piano processuale diventerebbe *meritevolezza*, potendo essere considerata quale requisito autonomo anche degli atti processuali, ed in particolare della domanda giudiziale, non assorbito dalla nozione di interesse ad agire.

Per la verità, per tale ricostruzione, la matrice normativa sarebbe sempre l'art.100 c.p.c. – secondo un'interpretazione della norma conforme al dettato costituzionale ed in particolare all'art.24 e all'art.111 Cost., che avrebbe dato corpo ed espressione al “giusto processo” – al quale dovrebbe essere riconosciuto uno spazio più ampio rispetto a quello che tradizionalmente gli si attribuisce, ossia di dare contenuto alla nozione di interesse ad agire.

nei postulati del costituzionalismo c.d. principalista, che ha finito per giustificare un impiego pervasivo dell'applicazione diretta della Costituzione e della tecnica del bilanciamento, con ricadute rilevanti quanto all'ampliamento, spesso incontrollato, dei poteri del giudice e delle sue considerazioni di ordine “valoriale”, anche di fronte a mere norme di tecnica processuale.

⁹⁸ COMOGLIO, *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1686 ss. Osserva l'A. che occorrerebbe mettere l'accento sull'unica ideologia processuale che nell'ottica internazionale e nella prospettiva comparatistica veramente conta nell'attuazione dei principi universali di “correttezza”, “lealtà”, “contraddittorio paritario”, “legalità” procedurale dei giudizi: ossia sul “giusto processo” e sulle sue

Esso consentirebbe infatti di sottoporre a verifica la domanda giudiziale come concretamente formulata, per accertarne la presenza del requisito causale, sotto il profilo della meritevolezza della tutela richiesta⁹⁹.

garanzie minime, le cui ineliminabili componenti etiche pongono al centro del fenomeno processuale la salvaguardia ad ogni costo dei diritti inviolabili dell'uomo.

⁹⁹ TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo – Studio critico*, cit., 282 ss. Secondo l'A., si tratta di una suggestiva tesi che ha ricevuto più critiche che consensi. Viene poi sottolineato trattarsi di una proposta ricostruttiva non nuova di derivazione processualistica che fa capo a SCÖNKE, *Das Zivilprozeßrecht des Krieges. Insbesondere Vereinfachungsnovelle, Schutznovelle, Zahlungsfristnovelle*, Berlin, 1940, *passim*, che evidenziava il collegamento tra il bisogno di tutela giuridica e lo scopo del processo e, sviluppando le tesi sulla funzione sociale del processo, individuava lo scopo del processo medesimo nell'attuazione del diritto oggettivo e nella conservazione della pace giuridica. Ciò mentre la tutela dei singoli diritti soggettivi costituiva un fine del tutto secondario. Lo scopo del processo, collettivisticamente ricostruito in aperta polemica con la tradizionale concezione liberale, faceva del concetto di "meritevolezza della tutela" una categoria elastica e sfuggente, attraverso la quale il giudice avrebbe potuto negare tutela a condotte considerate teleologicamente non congrue rispetto allo scopo attribuito al processo. Si tratta, a detta di Tropea, di una tesi che ha avuto largo seguito nella dottrina e nella giurisprudenza del tempo, sia tedesche che italiane, anche perché rispondeva perfettamente alle istanze ideologiche e culturali del nazionalsocialismo, alla cui caduta peraltro sopravvisse. È importante sottolineare come fra i diversi fondamenti del bisogno di tutela giuridica, dalla dottrina successiva al citato autore venne indicato pure il principio di economia processuale, di modo che il bisogno di tutela giuridica andrebbe valutato anche, o unicamente, con riguardo all'organo giudiziario, rispetto al quale fungerebbe da filtro evitando ad esso un inutile – e perciò antieconomico – esercizio di attività giurisdizionale. Le critiche a tale orientamento non sono mancate, laddove si è sottolineato che il principio di economia processuale, isolatamente considerato, non è in grado di dare fondamento al bisogno di tutela giuridica, operando su piani diversi interesse ad agire e principio di economia processuale. Tale ultimo principio incarna, inoltre, una nozione naturalmente vaga e generica, sicché c'è il rischio che tale formula finisca per legittimare qualsiasi decisione di rigetto per carenza di bisogno di tutela giuridica, anche la più cervellotica, semplicemente perché giustificata da un'esigenza di risparmio di attività processuale. Tropea osserva che la più recente dottrina nostrana non è rimasta del tutto insensibile a tali sirene. Così si è cercato di ricostruire l'interesse ad agire nel senso che l'accesso alla tutela giurisdizionale possa considerarsi ammissibile soltanto se il soggetto non abbia a disposizione altri strumenti extraprocessuali per la soddisfazione del proprio diritto, laddove il soggetto abbia scelto, tra i più concorrenti, il rimedio conforme al criterio di economia dei giudizi, ovvero nel senso che l'interesse ad agire imporrebbe di verificare se l'eventuale sentenza di accoglimento della domanda lasci o meno l'attore nella medesima situazione sostanziale in cui questi si trovava *ante litem*. Più di recente si è invece proposto di "misurare" il bisogno di tutela giuridica richiamando il principio di proporzionalità, da impiegare all'interno del processo. Ebbene, le critiche che queste impostazioni possono ricevere sono, più o meno, sempre le stesse: in tal senso la costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata non sembra in grado di elevare l'economia processuale a scopo fine a sé stesso, bensì, più semplicemente a criterio interpretativo di singole disposizioni processuali. L'impostazione di Ghirga, dal canto suo, nel riproporre il concetto di "meritevolezza della tutela", sebbene ragionando attraverso l'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata (giusto processo) dell'art.100 c.p.c., sembra maggiormente valorizzare la

D'altronde l'indagine giurisprudenziale avrebbe rivelato che si tratterebbe di un controllo che i giudici, più o meno consapevolmente, effettuano sempre, e che, quindi, ben potrebbe essere ricondotto anche alla verifica della sussistenza o meno di un abuso del processo o dell'azione giudiziale.

E l'importanza di questo controllo, secondo questa teoria starebbe anche in ciò: alcune delle fattispecie nelle quali la giurisprudenza ha fatto ricorso alla nozione di abuso dell'azione giudiziale sono state poi fatte oggetto di attenzione da parte del legislatore, a dimostrazione di come la stessa realtà processuale consenta di fare emergere nuove situazioni che necessitano di essere regolate, constatando in tal senso che l'ordinamento reagisce alla mutata sensibilità ed alla rigidità delle norme consentendo, da un lato al giudice del caso concreto di non dare tutela ad una richiesta che non appaia meritevole, e dall'altro, facendo tesoro dell'esperienza maturata sul fronte applicativo, intervenendo sul piano della normazione generale con l'imporre un divieto alla possibilità di agire in giudizio¹⁰⁰.

conversione in ambito processuale del principio di buona fede e dell'abuso del diritto. Sennonché, in questo senso, sconta ulteriori criticità. In primo luogo viene segnalata la distinzione fra buona fede e abuso del diritto. Poi c'è il problema dell'aleatorietà della clausola generale "abuso del processo" e quindi la sostanziale perdita di certezza ed il rischio di autoritarismo giudiziario e di inammissibile sacrificio del diritto di difesa in nome di esigenze tenuamente connesse all'amministrazione della giustizia. Vi è poi la questione del chi istituzionalmente, nel nostro assetto costituzionale, sia chiamato ad effettuare tali scelte di *policy* che, in quanto "macrogiudiziarie", non possono essere lasciate all'iniziativa del singolo giudice. Peraltro, ancora più a monte, non appare assolutamente convincente l'equiparazione fra abuso del diritto ed abuso del processo. L'abuso del diritto, infatti, ha come riferimento l'autonomia del soggetto, quale si esprime nell'attività negoziale. Nel processo, invece, l'autonomia si esprime con atti che hanno una diversa portata, perché non entrano in relazione con altro o altri soggetti: solo il giudice, cui viene rivolta la richiesta di un provvedimento, potrà produrre effetti nei confronti della controparte. Peraltro Tropea sottolinea come, accedendo alla c.d. concezione astratta dell'azione, pur considerando il processo come risorsa scarsa cui conciliare la tutela, si finisce per impostare, più moderatamente (e condivisibilmente), il problema dell'abuso del processo nei soli confini della disciplina delle spese.

¹⁰⁰ GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit., *passim*.

2.1 – (Segue) L’abuso processuale: un diverso approccio.

La “vischiosità” della nozione di abuso del processo, come da taluno interpretata¹⁰¹, ha consentito di guardare il fenomeno da altri e diversi angoli prospettici.

Vi è chi¹⁰², prima di arrivare ad una personale definizione di abuso, ha preliminarmente esaminato l’atteggiamento della giurisprudenza pratica e teorica, nonché della recente disciplina normativa, per giungere a sostenere che esso ha contribuito a ingenerare addirittura maggiore confusione sull’argomento, accreditando e autorizzando due diverse nozioni di abuso processuale, con le ovvie conseguenze per quanto concerne le sanzioni.

Per un verso vi sarebbe chi considera l’abuso processuale il compimento di un atto formalmente lecito, tendente però a perseguire finalità affatto estranee al suo scopo¹⁰³.

Di contro – e questa sarebbe la posizione assunta dalla gran parte della giurisprudenza pratica – vi sarebbe chi ritiene *explicitis verbis*¹⁰⁴ attività abusiva l’attività meramente temeraria, presupponendo, pertanto, la sussistenza della soccombenza e postulando la sanzione tipica e propria prevista dall’art.96 c.p.c.¹⁰⁵

Dal canto suo, sul piano normativo, l’art.96, comma 3, c.p.c., aggiunto con la riforma di cui alla legge 18 giugno 2009, n.69, non avrebbe concorso per nulla a fare

¹⁰¹ GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, cit., 15.

¹⁰² CORDOPATRI, *L’abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 874 ss.

¹⁰³ Cass., sez. un. 15 novembre 2007, n.23726, secondo cui incorre in abuso processuale la parte che aziona fondatamente, in una pluralità di cause, un unico rapporto di diritto sostanziale; Cass. 3 dicembre 2008, n.28719; Cass. 11 giugno 2008, n.15476; Cass. 12 maggio 2011, n.10383 e Comm. Trib. Prov. Brescia 18 febbraio 2011.

¹⁰⁴ Cass., sez. un. 7 luglio 2010, n.16037; nello stesso senso Cass. pen. 11 febbraio 2011, n.5300; Comm. Trib. Reg. Puglia, sez. VIII, 12 aprile 2010, n.36 e Trib. Cassino 11 novembre 2010.

chiarezza, riproducendo, anzi, le stesse incertezze e perplessità proprie della giurisprudenza pratica e della giurisprudenza teorica.

Invero, da un lato, parrebbe confondersi la nozione di abuso con quella di lite temeraria, al punto da richiedere che l'art.96, comma 3, c.p.c. necessiterebbe, quale presupposto indefettibile, la soccombenza, oltre che il dolo o la colpa grave, mentre, dall'altro lato, sembrerebbe qualificarsi come abusiva un'attività processuale del tutto a prescindere dalla temerità e dalla soccombenza, autorizzando la configurazione della relativa sanzione, a volte, come vera e propria pena e, altre volte, come una misura meramente risarcitoria.

Alla luce di questa premessa, tale teoria, allo scopo di elaborare con precisione una nozione di abuso del processo, ritiene che il quadro normativo specifico di riferimento non possa che essere costituito dall'art.91, comma 1, ultima parte, dall'art.92 e dall'art.96, comma 3, c.p.c.

L'art.91, comma 1, ultima parte, e l'art.92, comma 2, dal primo richiamato, conforterebbero l'idea secondo cui la responsabilità processuale non rinverrebbe la propria genesi nella soccombenza intesa come fatto oggettivo¹⁰⁶.

La constatazione che l'art.91 contempla la condanna delle spese anche di colui che non abbia accettato la proposta conciliativa, pur nei limiti e nei termini poi ripresi dalla sentenza, starebbe a dimostrare che anche il vincitore può essere condannato alla rifusione delle spese, questo dato testuale rafforzando, pertanto, quell'idea che la *condemnatio in expensis* sarebbe del tutto sganciata dal principio oggettivo del *victus victori*¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Comm. Trib. Reg. Puglia, sez. VIII, 12 aprile 2010, n.36, cit., in forza di Cass.297/2000, ha ritenuto applicabile anche al processo tributario la normativa contenuta nel codice di rito in punto di responsabilità processuale per lite temeraria.

¹⁰⁶ CORDOPATRI, *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, cit., 249 ss.

¹⁰⁷ CORDOPATRI, *L'abuso del processo. II. Diritto positivo* cit., 770 ss.

Ciò porterebbe con sé la conseguenza della condanna alle spese non debba essere ricercata nella soccombenza, ma altrove.

In altre parole, la responsabilità per le spese sarebbe da stimare, contrariamente a quanto correntemente si ritiene, in specie dalla giurisprudenza¹⁰⁸, non sulla sussistenza o meno del diritto sostanziale, ma sull'apprezzamento del comportamento processuale.

La fondatezza di tale conclusione sarebbe ulteriormente confermata, anche e soprattutto, dal richiamo che del detto art.91 fa l'art.92 c.p.c., laddove si lascerebbe chiaramente intendere che l'assoggettamento al carico delle spese discende, piuttosto che dalla soccombenza, dalla violazione del dovere di lealtà e probità processuale¹⁰⁹.

Guardando alla formulazione delle citate norme, d'altronde, anche con riferimento alla compensazione, vi sarebbe per questa teoria il riconoscimento che, sul piano semantico, prima ancora che su quello sistematico, l'art.92 e l'art.91 c.p.c. non si troverebbero a guisa di rapporto tra eccezione e regola generale, ma come vera e propria combinazione esegetica a fondamento della configurazione della condanna alla rifusione delle spese non basata sulla soccombenza mera, ma fondata, all'incontro, sulla violazione di quegli obblighi e doveri processuali di cui all'art.88 c.p.c.

La violazione dei doveri di cui all'art.88 c.p.c. concreterebbe una condotta processuale, il cui apprezzamento dovrebbe impegnare la fattispecie di cui all'art.92, sviluppando così, coerentemente, sul piano sistematico la linea esegetica profilata tra le due richiamate norme.

¹⁰⁸ Cass. 17 marzo 2004, n.5405 e Cass., sez. un., 16 gennaio 1986, n.210.

¹⁰⁹ CORDOPATRI, *Un principio in crisi: victus victori*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 265 ss. Per l'A. l'avverbio "indipendentemente" contenuto nell'art.92 c.p.c. non deve essere inteso quale mera eccezionale deroga alla inscindibilità del nesso soccombenza-condanna nelle spese ma, piuttosto, come esteriorizzazione del principio per il quale la condanna alla rifusione delle spese è conseguenza esclusiva della violazione dei doveri di lealtà e probità processuale.

La conseguenza sarebbe che anche il disposto testuale di cui agli artt.92 e 91 c.p.c. finirebbe per confermare la fondatezza della costruzione della condanna alla rifusione delle spese sull'esito dell'apprezzamento della condotta processuale della parte e, quindi, di un eventuale abuso del processo o degli strumenti processuali.

Il quadro di riferimento normativo sarebbe poi completato dall'art.96, comma 3, c.p.c. di più recente conio.

Ma tale norma, come già accennato, più che contribuire a fare maggiore luce sulla tematica in discorso, ha, per contro, concorso a creare difficoltà interpretative, soprattutto in ragione delle notevoli incertezze pratiche proprie delle pregresse giurisprudenza pratica¹¹⁰ e giurisprudenza teorica¹¹¹, riprese da quelle successive¹¹².

Dalla rilevata *impasse*, secondo questa ricostruzione, potrebbe, venirsi fuori, quindi, soltanto attraverso l'elaborazione di una nozione di abuso del processo del tutto autonoma e diversa da quella della temerarietà della lite, potendo essere in grado di meglio correlarsi con il sistema astraiabile *ex positivo iure*.

¹¹⁰ V. diversamente orientate, Cass. sez. un. 1 luglio 1992, n.8085; in *Giur. it.*, 1993, I, c.323; Trib. Roma, 9 ottobre 1996, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 476; App. Firenze, sez. I. 3 marzo 2006, in *Resp. civ. prev.*, 2006, fasc. 11; Trib. Bari, sez. I, 20 maggio 2008, n.1274, in www.giurisprudenzabarese.it; e Trib. Milano, sez. VIII, 22 marzo 2006, n.3662, in *Corr. merito*, 2006, 1263.

¹¹¹ V. le diverse pregresse posizioni riportate da GHIRGA, *Le riforme della giustizia civile nei disegni di legge Mastella*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 459 ss.; PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?* in *Foro it.*, 2007, I, c. 1464 ss.; GIORDANO, *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale c.d. aggravata*, in *Giur. mer.*, 2010, 244 ss.; IORIO, *Spese di lite, abuso del diritto alla giustizia del lavoro e prospettive di riforma del processo*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, 418 ss.; VENTURA, *Il cosiddetto "abuso" del processo del lavoro e le parti sociali*, in *Riv. giur. lav.*, 1995, I, 145 ss.; e DE ANGELIS, *Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto delle garanzie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, 339 ss.

¹¹² In relazione al nuovo ultimo comma dell'art.96 c.p.c. un primo ordine di problemi si è posto circa la configurazione del rapporto tra il detto comma rispetto ai primi due del medesimo articolo. Invero, la disposizione di cui al comma 3 non concorre affatto alla soluzione della questione se ed in quali termini la fattispecie da essa contemplata si correla con le fattispecie di vera e propria temerarietà della lite, previste esplicitamente dai primi due commi. Ed anzi, ancora oggi, vi sono tesi confliggenti, tanto che, si può dire, che il citato terzo comma, lungi dal recare un apporto consistente in relazione al rapporto tra temerarietà della lite ed abuso del processo, ha addirittura complicato la soluzione della problematica, riguardante, soprattutto la necessità o meno dell'elemento soggettivo nelle ipotesi dal medesimo.

L'abuso del processo risiederebbe, pertanto, nella distorsione dell'impiego dello strumento processuale, prescindendo, in primo luogo, dalla esistenza della componente soggettiva, ma, soprattutto, dall'esito dell'apprezzamento nel merito.

In altre parole, di abuso non dovrebbe trattarsi allorquando si agisca o resista in giudizio in maniera pretestuosa e comunque infondata, quanto e più semplicemente quando si compia un'attività, formalmente ineccepibile e, se si vuole, altrettanto formalmente giustificabile, che però si mostri ultronea rispetto allo scopo¹¹³.

Ciò a voler dire che mentre la nozione di temerarietà della lite si orienterebbe concettualmente e sistematicamente verso il merito della causa, quella di abuso del processo si muoverebbe verso l'attività o, meglio ancora, verso l'apprezzamento dell'attività processuale posta in essere¹¹⁴.

Trattasi, quindi, l'abuso, anche per questa teoria, di una condotta oggettivamente preordinata ad incidere sul modo di operare della giustizia e sulla organizzazione dell'ordinamento giudiziario: l'attività abusiva, in conclusione, non attenterebbe alle ragioni della controparte, fuoriuscendo dall'area e dalla dinamica del rapporto processuale *strictu sensu* considerato, cioè apprezzato in modo sostanziale, ma recherebbe oggettivamente un *vulnus* all'amministrazione della giustizia.

¹¹³ Anche in questa tesi emerge la superiore considerazione del processo come un bene collettivo che, pertanto, non può essere attinto, nel suo corretto operare e nella sua organizzazione da atti abusivi che, quindi, concorrano al rallentamento del corso della giustizia.

¹¹⁴ CORDOPATRI, *L'abuso del processo. II. Diritto positivo*, cit., 777 ss. Peraltro, riprendendo ad esempio il noto caso che ha, come accennato, già attirato l'attenzione del Supremo consesso e di attenta dottrina: la parcellizzazione di un'unica azione fondata, essa ben lungi dal concretare una ipotesi di lite temeraria, costituirebbe senz'altro una fattispecie di abuso del processo. In questo caso, pur difettando infatti il requisito della infondatezza dell'azione ed anche l'elemento soggettivo, tuttavia la condotta dell'agente potrebbe essere volta a lucrare scopi o finalità non perfettamente rientranti nell'economia operativa dell'atto.

L'attività abusiva, di riflesso, non dovrebbe avere, pertanto, per definizione, conseguenze di carattere risarcitorio, ma semplicemente conseguenze di carattere sanzionatorio, quali, ad esempio, la semplice condanna alla rifusione delle spese o ad altra somma di denaro. Come dire che l'abuso del processo indurrebbe, sempre e comunque, su di un piano omogeneo ed a prescindere dalla soccombenza e dall'elemento soggettivo, la sanzione¹¹⁵.

3 – Dalle tentazioni al rifiuto dell'idea dell'abuso del processo...

Alcuni¹¹⁶, nell'affrontare il tema dell'abuso del processo hanno provato, per loro stessa ammissione, la forte tentazione di affermare che, in realtà, cotal fenomeno non esiste, aggiungendo pure che dimostrare questo assunto non sarebbe neppure troppo difficile; ciò per due ordini di ragioni.

La prima è che, se si seguisse una prospettiva ancora assai diffusa nella dottrina italiana e in quella di altri ordinamenti, secondo la quale il processo viene visto come un gioco o una competizione¹¹⁷ (come ad esempio nella *sporting o fight theory of justice* della tradizionale dottrina nordamericana¹¹⁸), o comunque come uno scontro dialettico regolato da specifiche norme (le “regole del gioco”), sarebbe molto difficile scorgere dove possa annidarsi un comportamento abusivo dei partecipanti al gioco o alla competizione.

¹¹⁵ Né, d'altra parte, potrebbe risultare ostativo il rilievo che la corresponsione delle spese processuali o di altra somma sarebbe indirizzata alla controparte e non anche allo Stato.

¹¹⁶ TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 117 ss.

¹¹⁷ CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 23 ss.

¹¹⁸ TARUFFO, *Il processo civile “adversary” nell'esperienza americana*, Padova, 1979, 12, 18, 123 ss.

Difatti la violazione di una regola del gioco o della partita dovrà ritenersi non valida, ma non certo integrare una condotta abusiva¹¹⁹.

Da queste considerazioni prenderebbe vita la seconda ragione in grado di mettere in dubbio l'esistenza dell'abuso del processo.

Questa ragione è che occorrerebbe distinguere tra comportamenti “vietati” o comunque illeciti, in quanto compiuti in diretta violazione delle norme che regolano i contegni di determinati soggetti¹²⁰, e quelli che in ipotesi potrebbero considerarsi come abusivi.

Per operare la suddetta distinzione bisogna dire, dunque, che se si vuole parlare di abuso del processo bisogna fare riferimento soltanto a condotte lecite in quanto permesse – o addirittura prescritte – dalle norme processuali che le disciplinano.

Ma se così è, e, quindi, se l'ordinamento consente di operare alle parti discrezionalmente una serie di attività che possono, eventualmente ingannare o disorientare l'avversario, oppure lucrare sull'allungamento dei tempi processuali, dovrebbe essere pure legittimo chiedersi il motivo per cui siffatti contegni debbano essere sanzionati.

¹¹⁹ Ciò è facile evincere se si prende spunto dall'esempio portato da CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, cit., che paragona il processo ad una partita a scacchi: se un giocatore muove il cavallo in obliquo (cosa non ammessa dalle regole degli scacchi), si potrà dire che questa mossa non è permessa e quindi non è valida, con le relative conseguenze, ma non si potrà dire che si è verificato un abuso del gioco degli scacchi.

¹²⁰ I giocatori di scacchi o, fuor di metafora, le parti del processo. Ma le violazioni delle regole del gioco processuale, essendo illeciti, viene detto, trovano risposta nella stessa legge processuale che, di volta in volta, reagisce comminando la sanzione della nullità, dell'annullabilità, dell'inammissibilità, risarcimento del danno, facendo incorrere la parte in preclusioni o decadenze e così via.

D'altra parte anche un processualista del rango di Goldschmidt aveva ritenuto che nessun comportamento processuale potesse essere oggetto di valutazioni etiche¹²¹.

Nonostante queste premesse la dottrina in parola non ha potuto o voluto cedere alla tentazione di negare l'esistenza dell'abuso del processo, avendo notato come, nell'ambito del panorama degli studi sull'abuso, sia in Italia che all'estero, le posizioni ispirate al pensiero del celebrato Goldschmidt siano divenute nettamente minoritarie, essendo, per contro, prevalsa e divenuta sempre più pervasiva la tendenza a ritenere che il processo non sia soltanto un luogo in cui alcuni soggetti giocano un gioco le cui mosse sono regolate dalla legge, ma sia anche – e soprattutto – un luogo in cui i protagonisti del gioco non solo devono comportarsi in modi legalmente validi, ma debbono agire anche in modo corretto, ossia in modo onesto e quindi “moralmente” valutabile in senso positivo.

La correttezza del gioco, secondo questa ricostruzione, andrebbe quindi ad aggiungersi alla puntuale applicazione delle regole che lo governano, divenendo un *quid pluris* rispetto alla validità delle mosse in cui il gioco si articola.

Questa piega, viene detto, forse, si sarebbe presa sulla scorta di un'ondata moralizzatrice che ha indotto legislatori, dottrina e giurisprudenza a prescrivere regole e a formulare valutazioni di carattere genericamente “etico” su ciò che fanno i soggetti del processo come reazione alla realtà empirica di processi in cui dominerebbero condotte fraudolente, ingannatrici, truffaldine e, dunque, “abusive”.

Si è iniziato quindi a dare sempre maggiore spazio a principi come la buona fede o la lealtà e probità, ma soprattutto ad esaltare il concetto di “giusto processo”¹²².

¹²¹ GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik der prozessualen Denkens*, Berlino, 1925, 292.

¹²² COMOGLIO, *Etica e tecnica del “giusto processo”*, cit., *passim*.

In altre parole si sarebbe delineata col tempo una concezione del processo sostanzialmente diversa da quella che lo ha sempre visto soltanto come una competizione tra le parti in lite, ma mossa, viceversa, dall'idea che il giudizio dovrebbe ispirarsi a valori che si pongano ben al di là della mera regolarità dei procedimenti.

Questi valori atterrebbero all'amministrazione della giustizia in sé considerata, riconducendosi alle garanzie fondamentali a base del giudizio civile e, in particolare, alla necessaria efficienza della tutela giurisdizionale dei diritti: quindi alla necessità che si producano risultati "giusti", assumendo notevolissima evidenza il valore della ragionevole durata del processo¹²³.

L'efficienza di cui si discetta, dunque, dovrebbe implicare doversi considerare come abusivi comportamenti che, pur formalmente leciti, condizionino, tuttavia, negativamente l'inizio e lo svolgimento del processo.

Se altra dottrina ha già evidenziato la distinzione che può aversi tra abuso *del* processo e abuso *nel* processo, questa corrente di pensiero ha inteso sottolineare ulteriori differenze, pur nell'imbarazzo dato dalle notevoli perplessità che caratterizzano un argomento così "sdrucchiolevole" come quello in esame.

Così una prima differenza riguarderebbe l'abuso in *senso soggettivo* e l'abuso in *senso oggettivo*¹²⁴, con la prima nozione dovendosi fare riferimento non tanto e non solo ai soggetti che compiono l'atto abusivo (dovendosi distinguere la responsabilità della parte da quella del suo difensore, che solitamente è il vero

¹²³ VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 505 ss. È noto che di questo principio si parla nell'art.6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, e che, in applicazione dello stesso la Corte di Strasburgo ogni anno irroga numerose condanne all'Italia, ed è altresì noto che il medesimo principio è stato inserito nell'art.111, comma 2, della Costituzione e che costituisce da qualche tempo una sorta di *mantra* della dottrina e della giurisprudenza, oltre che del legislatore, senza, tuttavia che gli sforzi prodotti abbiano modificato in meglio la situazione.

¹²⁴ BILESIO-GASPARINI, *Reflexiones sobre el abuso en materia procesal*, in *Abuso procesal*, Santa Fe, 2001, 19.

responsabile dell'atto abusivo), ma soprattutto alla intenzione censurabile con cui vengono posti in essere i comportamenti che si suppongono abusivi, ossia le situazioni che si verificano quando un soggetto compie un atto con la volontà di produrre effetti contrastanti con i valori che governano l'amministrazione della giustizia, indipendentemente dall'eventualità che tali effetti si siano o meno verificati.

In questo caso sarebbe l'etica individuale del soggetto a venire in rilievo, sfociandosi, in buona sostanza, nell'area inerente il criterio della buona fede, con la conseguenza che, dando credito a questa linea di pensiero si finirebbe con il legittimare l'idea che sarebbero abusivi tutti i comportamenti posti in violazione del poc'anzi nominato criterio.

Ma, viene obiettato dalla teoria in parola che, in primo luogo, essendo la buona fede un concetto irrimediabilmente vago ed indeterminato, tale soluzione non apparirebbe particolarmente felice.

Viepiù che al di là di ciò, altra difficoltà particolarmente rilevante sorgerebbe per il fatto che nel nostro ordinamento vige il principio secondo il quale la volontà ed i relativi vizi non sono rilevanti quando si tratta di atti del processo (salvo che in particolari situazioni espressamente previste, come ad es. nell'art.2732 c.c.)¹²⁵.

In altre parole, un'applicazione generale del criterio della buona fede implicherebbe comunque il riferimento alla volontà o alla condizione soggettiva di colui che compie l'atto, ma, mentre ciò è normale nel diritto sostanziale, non lo è affatto nell'ambito del diritto processuale.

Aggiungasi che, ad aderire ad una simile suggestione, si finirebbe col lasciare alla (troppo) discrezionale valutazione del giudice l'applicazione del criterio generale della buona fede nei singoli casi specifici.

¹²⁵ Si veda, all'uopo, la nota n.33.

Ne risulterebbe, quindi, che un modo più corretto e controllabile per individuare le fattispecie di abuso dovrebbe consistere nel riferirsi all'abuso *in senso oggettivo*, ossia nel prendere in considerazione gli effetti prodotti dal comportamento che si ritiene abusivo, per verificare se essi entrano in contrasto con i valori generali relativi all'amministrazione della giustizia.

Sarebbero, *mutatis mutandis*, abusivi solo quegli atti che – indipendentemente dalla buona o cattiva volontà del soggetto che li ha compiuti – hanno prodotto effetti negativi sul funzionamento del processo, mentre se effetti di questo genere non si sono verificati rimarrebbe del tutto neutra ed irrilevante la buona o mala fede del soggetto che li ha posti in essere.

Questo criterio avrebbe quindi il pregio di ancorare l'accertamento dell'abuso a dati concretamente verificabili piuttosto che ad illazioni relative alla psicologia dei soggetti del processo.

Altra importante distinzione operata da questa visione riguarda l'ambito della discrezionalità di cui può godere un soggetto rispetto al compimento o meno di un determinato comportamento processuale od alla scelta di un contegno rispetto ad altri egualmente utilizzabili.

Certo, vien detto, non può considerarsi come abusivo un comportamento che sia specificamente indicato come obbligatorio senza che il soggetto obbligato abbia alcuna facoltà di scelta; costui, infatti, se non adempisse all'obbligo che su di lui incombe non farebbe altro che violare una "regola del gioco" ed il suo atteggiamento si troverebbe a dovere essere sanzionato dalla stessa legge processuale.

Ne consegue allora che il terreno sul quale potrebbe configurarsi l'abuso è quello in cui un soggetto può compiere una scelta entro un ventaglio di alternative legittime, ossia quando la sua posizione è, come detto, caratterizzata da un ambito di discrezionalità.

Tuttavia anche a proposito della discrezionalità andrebbe operato un discrimine: ove si tratti di discrezionalità assoluta, che vi è qualora il soggetto può scegliere in totale libertà una alternativa, configurare un comportamento abusivo sarebbe senza dubbio assai difficile¹²⁶.

Diversa dovrebbe essere la situazione quando, viceversa, il soggetto si trovasse in una situazione di discrezionalità relativa, o regolata, che si verifica, in particolare, quando ognuna delle alternative previste configura in realtà un comportamento destinato a produrre effetti determinati sul procedimento.

Al riguardo viene rimarcato da questo orientamento dottrinario che, laddove il soggetto scelga una delle alternative con il fine di ottenere esattamente l'effetto tipico che quell'atto è in grado di produrre, allora si servirebbe correttamente di quello strumento processuale.

Se, all'incontro, dovesse servirsi di una delle possibili alternative a sua disposizione, tutte in sé legittime, per produrre effetti che non sono propri dello strumento adoperato, si potrebbe allora parlare di comportamento abusivo o, per usare altra terminologia, tale contegno potrebbe essere definito come abuso della discrezionalità, ossia di uso improprio e discrezionale che la legge conferisce a quel determinato soggetto.

¹²⁶ Se un soggetto è libero di scegliere se agire o meno in giudizio, se produrre o meno un documento o se dedurre o meno una testimonianza egli, infatti, non commette alcun abuso quale che sia l'alternativa che adotta di volta in volta.

3.1 – (Segue) ... sino alle teorie sulla sua assoluta inesistenza nell’ambito del nostro ordinamento...

Taluno¹²⁷, dopo aver constatato che, da qualche tempo, parte della dottrina processualcivilistica è sempre più prodiga di attenzioni sulla tematica del c.d. abuso del processo, interrogandosi sul se l’esercizio di azione e di difesa – di per sé sempre lecito e garantito dalla nostra Carta costituzionale – può, in alcuni casi, o con riguardo a certe modalità, ritenersi abusivo, ovvero utilizzato per attività di comodo, o, comunque, per il raggiungimento di obiettivi diversi da quelli di giustizia, ha riscontrato che la giurisprudenza non ha giammai immaginato di potere evitare il giudizio di merito di un diritto perché non meritevole, o perché relativo ad attività abusiva; ciò finché, nel 2007, le sezioni unite non hanno statuito che la parcellizzazione di un credito derivante da un unico rapporto obbligatorio in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, si traduce sempre in un abuso del processo.

A fronte di ciò viene mostrata una certa freddezza, ritenendo, questa corrente di pensiero, che, per evitare abusi e comportamenti abusivi, vi sono già le disposizioni dei cui agli artt.88, 89, 91, 92 e 96 c.p.c. e che, quindi non vi sarebbe alcun bisogno di introdurre all’interno del nostro ordinamento nuovi istituti o ulteriori concetti.

Viene altresì acutamente osservato che, per quanto tutti ritengano ovviamente scorretto “abusare” del processo, e, quindi, giusto sanzionare in qualche modo chi “abusi” dell’accesso al giudice o degli strumenti processuali che il sistema gli mette a disposizione, pochi sembrerebbero aver chiaro “quando” il fenomeno si

¹²⁷ SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1448 ss., e in www.judicium.it.

realizzerebbe, o quali potrebbero essere in concreto i casi da ricondurre al c.d. abuso del processo.

All'uopo viene ritenuto che, in primo luogo, si debba provare a schematizzare le possibili eventualità concrete di abuso del processo, apparendo configurabili quattro diverse ipotesi.

Una prima sarebbe collegata, come poc'anzi detto, al fenomeno del frazionamento del credito in quanto attivare più processi con scissione del contenuto dell'obbligazione aggraverebbe ingiustificatamente la posizione del debitore, ciò ponendosi in contrasto tanto con il principio di buona fede, quanto con quello, di rango costituzionale, del giusto processo.

Una seconda ipotesi di abuso del processo si avrebbe in casi del tutto diversi, ovvero quando una parte usi uno strumento processuale non per ottenere l'effetto naturale proprio dello strumento, bensì per raggiungere un effetto deviato, che, comunque, con l'utilizzazione di quello strumento si riesce a perseguire¹²⁸.

In questi casi il comportamento andrebbe considerato abusivo poiché dovere della parte non sarebbe solo quello del rispetto della legge e della deontologia, ma anche quello di utilizzare gli strumenti processuali per gli scopi per i quali detti strumenti sono stati posti dal legislatore, e non per il raggiungimento di altri e diversi obiettivi; il tutto con regole analoghe a quelle che nel diritto amministrativo disciplinano il fenomeno c.d. di eccesso di potere.

¹²⁸ A titolo di esempio si rammenta il comportamento di chi, *ante* riforma del 1990, proponeva un regolamento preventivo di giurisdizione non per consentire alla cassazione di statuire sulla giurisdizione ma per ottenere l'effetto (dilatorio) della sospensione del processo di merito *ex* art.367 c.p.c. Viene ricordata, sul punto, Cass., sez. un., 3 novembre 1986, n.6420, in *Foro it.*, con nota di BARONE-PROTO PISANI-CIPRIANI-PIZZORUSSO, la quale ritenne il comportamento di chi si rivolga alla Suprema Corte con regolamento di giurisdizione palesemente infondato e al solo fine di ottenere la sospensione del processo di merito riconducibile alla lite temeraria *ex* art.96 c.p.c. con obbligo della Corte di riferire all'autorità che esercita il potere disciplinare a norma del comma 2 dell'art.88 c.p.c.

Una terza ipotesi di abuso del processo scaturirebbe, ancora, dal mero comportamento non corretto della parte, ovvero dinanzi ad ogni attività menzognera, reticente, dilatoria, superflua, o comunque in contrasto allo *standard* di diligenza proprio del professionista¹²⁹.

Sotto questo profilo la giurisprudenza ha creato una massima con la quale, in presenza di comportamenti dilatori o manifestamente infondati della parte, il giudice può evitare un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue, interpretando la legge oltre il suo tenore letterale¹³⁰.

Sussisterebbe, infine, una ulteriore quarta ipotesi di abuso del processo, in tutti quei casi, differenti dai precedenti, nei quali il giudice, discrezionalmente, ravvisi un comportamento da considerare tale, trattandosi, all'evidenza, di una ipotesi di chiusura – o di una categoria residuale – in grado di consentire al giudice, in fattispecie non predeterminate, di ritenere, per diverse ragioni, abusivo il comportamento della parte.

Questa ipotesi sembra peraltro legarsi a doppio filo con quella tendenza interpretativa dell'art.96, comma 3, c.p.c., in forza della quale è da considerare abusivo anche l'esercizio dell'azione promossa senza “sensibilità per la cosa pubblica”, oppure senza rispetto per il “sovraccarico del ruolo del giudice” o senza tener conto del “funzionamento generale della giustizia”¹³¹.

¹²⁹ DONDI-GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 195.

¹³⁰ Cass., sez. un. 23 febbraio 2010, n.4309, in *Foro it.*, 2010, I, 1794; Cass. 18 febbraio 2010, n.3830; Cass. 3 novembre 2008, n.26373, in *Foro it.*, Rep., 2009, voce *Procedimento civile*, 88; Cass. 19 agosto 2009, n.18410, in *Foro it.*, Rep., 2009, voce *Diritti politici e civili*, 154. La S.C. nelle citate sentenze si è espressa in questo senso: il rispetto del diritto fondamentale ad una ragionevole durata del processo impone al giudice di evitare e impedire comportamenti che siano di ostacolo ad una sollecita definizione dello stesso, tra i quali rientrano certamente quelli che si traducono in un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo.

¹³¹ In questo senso, ad esempio, Trib. Varese, 21 gennaio 2011, in *Il caso.it*; Trib. Rovigo, 7 dicembre 2010, in *Il caso.it*; Trib. Piacenza, 22 novembre 2010, in *Il caso.it*; Trib. Terni, 17 maggio 2010, in

Se così fosse, viene osservato, ad ognuna delle menzionate ipotesi di abuso del processo dovrebbe corrispondere l'esigenza di fare rispettare alle parti certi principi nell'utilizzo del servizio giustizia; principi tutti, in ogni caso, accomunati dal supremo fine di rendere "giusto e celere" il processo.

Per la dottrina in esame, tuttavia, siffatto approccio parrebbe errato: e ciò partendo da un dato ritenuto indiscutibile: la crisi del processo civile dipende da una sproporzione tra la domanda di giustizia dei cittadini e l'offerta di giustizia dello Stato.

In altre parole, lo Stato, in sostanza, non è in grado, in tempi ragionevoli, di fornire risposta alla domanda di giustizia dei cittadini.

Ma se ciò è vero, la risoluzione del problema, allora, anche ai sensi degli artt. 3, 24 e 97 Cost., dovrebbe passare per un miglioramento dell'offerta di giustizia, adeguandola alla domanda.

Questa semplice cosa, forse in ragione dei costi o dell'opposizione di certa magistratura, non è stata fatta, cercando, per contro, di risolvere il problema attraverso la contrazione della domanda, anche attribuendo maggiori poteri al giudice in modo che questi possa meglio governare, appunto, la domanda di giustizia¹³².

Ma questo sarebbe solo un modo per contrarre e rendere più difficoltoso l'esercizio del diritto di azione e di difesa, attribuendo per converso al giudice il nuovo potere di sanzionare il comportamento processuale delle parti anche in ipotesi non predeterminabili; ciò senza dire di quei "poteri" che la giurisprudenza, sempre nella medesima ottica, si è auto-attribuita anche in assenza di dati normativi certi.

Giur. it., 2011, I, 143, con nota di FRADEANI; Trib. Prato, 6 novembre 2009, in *Foro it.*, 2010, I, 2229.

¹³² SCARSELLI, *Sugli errori commessi negli ultimi venti anni per porre rimedio alla crisi del processo civile*, in *Foro it.*, 2011, V, 25 ss.

Fatte queste premesse, si giunge, secondo questa corrente dottrinaria alla seguente conclusione: “*stante la legislazione attuale il c.d. abuso del processo non esiste*”¹³³.

In presenza, nel nostro ordinamento, del principio di legalità ed in assenza di norme specifiche che consentano al giudice di valutare la c.d. “*meritevolezza della tutela*”, dunque, ogni domanda portata all’attenzione del magistrato nel rispetto delle regole processuali dovrebbe avere diritto ad essere esaminata nel merito.

Il problema, viene affermato, sarebbe, tutt’al più, da porsi *de iure condendo*, ovverosia chiedendosi se non sia il caso di introdurre una norma che sanzioni l’abuso del processo e che consenta al giudice di non provvedere sul merito con riferimento ad azioni od a difese non meritevoli¹³⁴.

È di solare evidenza che una tale linea di pensiero si discosti in modo netto dalle attuali tendenze che vedono, nel discorso giurisprudenziale e non solo, un’impressionante reviviscenza dell’abuso del diritto, negli ultimi tempi sempre più declinato anche come abuso del processo.

¹³³ SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, cit.

¹³⁴ SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, cit. Rispetto a tale quesito l’A. rimane, tuttavia, fermo nel ritenere non opportuno inserire nel sistema una siffatta norma, traghettando da noi, magari acriticamente (come il più delle volte avviene), esperienze e meccanismi provenienti da altre culture ed ordinamenti giuridici. L’A. sottolinea, quindi, che nell’ambito del nostro quadro ordinamentale, un sistema sanzionatorio per i comportamenti non corretti già lo abbiamo e si sostanzia nei già richiamati artt.88, 89, 91, 92 e 96 c.p.c., concludendo con dei provocatori, ma null’affatto peregrini, interrogativi: “*di più, se non è stato fatto da Solmi e Grandi che lavoravano per il Governo Mussolini, possiamo pensare di farlo noi oggi? Vogliamo avere un codice più autoritario di quello che riuscirono a scrivere in quegli anni?*”. La risposta fornita è ovviamente negativa con l’aggiunta che l’unica riforma possibile – in adesione a molta parte della dottrina che ha affrontato il tema dell’abuso, specialmente conformemente alla scuola pavese – potrebbe essere quella di trasferire dalla parte al difensore le conseguenze dell’illecito processuale di cui agli artt.88, 89 e 96 c.p.c., perché in Italia, oggi, abbiamo lo strano sistema per il quale, mentre l’illecito processuale lo commette il difensore, la sanzione ed i danni li pagano le parti che a quel difensore hanno dato mandato. Sul punto si vedano: SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, Milano, 1998, 145 ss; SCARSELLI, *La responsabilità civile del difensore per infrazione della norma deontologica*, in *Foro it.*, 2009, I, 3168.

Tuttavia i sostenitori di questo tipo posizione – pur perfettamente consapevoli che un approccio del genere possa apparire conservatore, oltre che ingenuamente contrario all’effettività di talune dinamiche generali che paiono, allo stato, inarrestabili – si sono sentiti nel dovere, seppure ingrato, di offrire un punto di vista alternativo e dissonante rispetto alle ormai imperanti “teorie dell’abuso”, tanto più necessario in quanto rivolto alla difesa dello Stato di diritto, coi suoi corollari rappresentati dal principio di legalità e tipicità, specie in ambito processuale, dal principio di separazione dei poteri, della certezza del diritto¹³⁵.

¹³⁵ TROPEA, *L’abuso del processo amministrativo – Studio critico*, cit., 9 ss. L’A. assume questa posizione pur non ignorando come tutti questi principi e valori siano, ormai da tempo, oggetto di revisione critica come conseguenza del prepotente emergere di correnti quali: giusrealismo, “nichilismo giuridico”, “fine del diritto”, dipendenti dalla complessità del presente globalizzato e dall’ordine del mercato, che oggi si ergono sempre più a “strutture totemiche” dell’odierno mondo del diritto. Sennonché l’A. ritiene di dover dare il proprio contributo nel tentativo di arginare tali derive, aderendo metodologicamente alle tesi del giuspositivismo c.d. temperato o, se si vuole, del costituzionalismo garantista. L’indagine dell’A. affronta, invero, anche il rapporto fra regole e principi; tema, questo, collegato al discorso più generale per cui taluni diritti fondamentali possono essere ridotti attraverso ingannevoli bilanciamenti di interesse, che facciano prevalere unilateralmente le logiche del mercato, quasi fossero valori di fronte ai quali ogni altro tipo di principio o diritto debba cedere. Altro punto nevralgico dello studio è senz’altro rappresentato dalle nuove tendenze volte a configurare il processo come “servizio pubblico”, ed a superare la tradizionale concezione c.d. patrimonialistica di giurisdizione. Ed il tema dell’ “abuso” appare particolarmente emblematico e denso di spunti fecondi in tal senso, riportando alla ribalta un dibattito con radici antiche circa il c.d. diritto giurisprudenziale ed i difficili rapporti tra giudice e legge. L’A. segnala peraltro un altro fronte significativo rappresentato dai rapporti dell’abuso con le clausole generali, in particolare con la buona fede e la correttezza: Tema questo di grande importanza con particolare riguardo all’aspetto sanzionatorio che conduce l’A. ad aderire a quell’idea per cui i rimedi prospettabili debbano riguardare ed eventualmente colpire il comportamento della parte (o del suo difensore), non già l’atto processuale.

3.2 – (Segue) ... e ad altre critiche provenienti dalla dottrina costituzionale in relazione alla volontà di contrastare, per via pretoria, attraverso l’abuso, l’irragionevole durata dei processi.

Si è potuto notare, da quanto sin qui riportato, come l’elemento comune a tutti i commenti spesi nel favore della esistenza, all’interno del nostro ordinamento, di un concetto – quale quello dell’abuso del processo – stia nel fatto che la sua sanzione dovrebbe concorrere a realizzare un processo più celere o, meglio ancora, di durata ragionevole, in ossequio ad uno dei diversi principi espressi dall’art.111 Cost., come novellato nel 1999.

Sicché l’esigenza di realizzare un *giusto processo* – troppo spesso inteso esclusivamente come un giudizio che abbia semplicemente una ragionevole durata – ha infervorato soprattutto la Corte di cassazione che, nell’attuazione del suo ruolo di garante del rispetto dell’ordinamento obiettivo, non ha esitato, negli ultimi tempi, ad abbondare in pratiche deflative che, tuttavia, spesso sono andate a discapito della giustizia del caso singolo¹³⁶.

Nell’ultimo decennio vi sono state, così, frequenti “riletture” delle disposizioni del nostro codice di rito per piegarle allo scopo di assicurare, appunto, la ragionevole durata del processo¹³⁷, e spesso si è utilizzata anche l’arma dell’abuso

¹³⁶ VERDE, *Il processo sotto l’incubo della ragionevole durata*, cit., 505 ss.

¹³⁷ Cass., Sez. un. 23 febbraio 2010, n.4309. Questa decisione, che riguarda la chiamata di terzo in causa è un “caso esemplare” dell’orientamento giurisprudenziale di cui si discorre, volto a declassare regole processuali a principi, il cui soddisfacimento è lasciato a valutazioni discrezionali del giudice. Le Sezioni unite della Corte di cassazione, in relazione all’art.269, comma 2, c.p.c., che disciplina l’istituto ha, infatti, stabilito che il giudice può rifiutare di fissare una nuova udienza per la costituzione del terzo motivando la propria scelta sulla base di esigenze di economia processuale e di ragionevole durata del processo, così giungendo a configurare il relativo provvedimento come frutto di un potere discrezionale. Quasi una *interpretatio abrogans* è stata, invece, quella che ha interessato l’art.37 c.p.c. il quale, disponendo che il difetto di giurisdizione possa essere rilevato anche d’ufficio “in ogni stato e grado del processo”, sancisce il principio di assoluta inderogabilità del riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e giudici amministrativi, garantendo la possibilità di censurare in qualsiasi momento la

del processo; ciò anche in concomitanza con l'incapacità del nostro legislatore che non è stato assolutamente in grado di porre in essere interventi normativi che potessero obiettivamente contribuire ad una accelerazione dei tempi processuali.

A poco è valsa, dunque, la riserva di legge imposta alla materia processuale¹³⁸ che avrebbe dovuto affidare alla legge, appunto, il compito di “assicurare” il rispetto del principio della ragionevole durata del processo¹³⁹.

Ne sia prova il fatto che, a fronte di ciò, il legislatore italiano – più volte messo in mora anche dalla Corte di Strasburgo¹⁴⁰ – ha reagito nella maniera più errata, vale a dire con riforme a costo zero.

Per vero, si è osservato, qualsiasi riforma che riguardi le norme processuali che non sia preceduta da una radicale modificazione della nostra organizzazione (si pensi, in primo luogo, al rinfoltimento del numero di magistrati e del personale di cancelleria) è destinata a sortire effetti assai scarsi.

violazione, con la conseguenza inevitabile dell'azzeramento del giudizio giunto anche ad uno stato avanzato e la sua regressione dinanzi al giudice munito di giurisdizione. Ebbene, se la regola aveva già cominciato a subire un processo di erosione, è con la significativa decisione della S.C. (Cass., Sez. un. 9 ottobre 2008, n.24883) che essa viene svuotata del tutto della sua portata precettiva. Con la svolta in oggetto si afferma che si forma giudicato (implicito) sulla questione di giurisdizione anche allorché essa non abbia mai costituito oggetto di discussione, non essendo stata né rilevata né eccepita in primo grado, per il solo fatto che non sia stata addotta come specifico argomento di impugnazione. È conseguentemente preclusa tanto la possibilità di eccepirlo per la prima volta in sede di legittimità, quanto quella di rilevarla d'ufficio sia per il giudice d'appello che per quello di ultima istanza.

¹³⁸ Del resto, l'esigenza di una regola eteroimposta al giudice, che disciplini il processo è stata, anche storicamente, alla base delle vicende che hanno accompagnato la trasformazione dell'*ordo in processus*, l'assorbimento della magistratura nell'alveo dell'organizzazione dello Stato-istituzione e la sottoposizione della stessa alla legge con conseguenziale esclusione dal processo di formazione delle leggi. All'uopo PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, *passim*, illustra il ruolo che la Costituzione assegna ai magistrati.

¹³⁹ A ben vedere questo dovrebbe essere infatti un compito della Repubblica in tutte le sue articolazioni, così che – nel suo significato letterale – la disposizione di cui all'art.111 Cost. dovrebbe risolversi in una raccomandazione al legislatore perché emani leggi processuali che agevolino (e non ostacolino) l'obiettivo di un processo di ragionevole durata (il che, di sicuro, non si ottiene esponendo i singoli e concreti processi ad una serie di insidie e tagliole).

¹⁴⁰ Tra le prime decisioni v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 dicembre 1982, Corigliano c. Italia su cui cfr. IAI, *La durata ragionevole del procedimento nella giurisprudenza della Corte europea sino al 31 ottobre 1998*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 565.

Ciò ha, così, dato la stura alla Corte di cassazione di pretendere di risolvere la problematica dell'eccessiva lungaggine delle cause per via giurisprudenziale, nella convinzione che l'art.111, comma 2, Cost., con lo statuire che la legge deve assicurare la ragionevole durata del processo, abbia dettato una regola per un'interpretazione delle singole norme dei riti finalizzata alla celerità del giudizio¹⁴¹.

Tuttavia tale modo di intendere la norma costituzionale nasconde un'insidia: prescegliere, di fronte a più interpretazioni possibili della regola processuale, quella che favorisca la ragionevole durata del processo è operazione condivisibile e, anzi, perfino commendevole, ma certamente non coincidente con quella, del tutto diversa – spesso attuata dalla giurisprudenza – di conferire ad una data norma un'interpretazione finalizzata alla celerità del processo anche laddove non sia presente alcun dubbio interpretativo da sciogliersi.

In casi del genere, infatti, si va incontro al concreto rischio, non che una norma sia applicata nella maniera più aderente al precetto costituzionale, quanto che sia imposta, per via giurisprudenziale, una nuova regola¹⁴².

Ed invero, la giurisprudenza di legittimità – dinanzi a norme emanate da un legislatore sciatto ed impreparato – non si è ultimamente limitata ad interpretazioni

¹⁴¹ Cass. 7 gennaio 2009, n.55.

¹⁴² Al *self-restraint* della Corte costituzionale in materia (di cui appresso meglio si dirà, *n.d.r.*) ha fatto da contraltare, infatti, l'attivismo giudiziario delle Corti comuni. Negli ultimi anni la Corte di cassazione civile, anche a Sezioni unite, ha, per vero, inaugurato un *trend* di riletture costituzionalmente orientate delle norme processuali, allo scopo di sostituire interpretazioni più o meno solide con altre reputate più funzionali a garantire una rapida celebrazione dell'*iter* giudiziario. La premessa di fondo dalla quale l'orientamento muove è costituito dall'assunto – in via astratta anche condivisibile – che l'art.111, comma 2, Cost., nell'affidare al legislatore il compito di assicurare la ragionevole durata del processo, integri un precetto *self-executing*, ponendo “una regola per un'interpretazione delle singole norme di rito finalizzata alla celerità del giudizio” (Cass. n.55/2009). La pratica giudiziaria è stata così percorsa da una sorta di vero e proprio “progetto di riforma silenziosa del diritto processuale”, guidato dalla suprema istanza di legittimità (così BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, cit., 12 e DIDONE, *Le Sezioni unite e la ragionevole durata del “giusto” processo*, in *Giur. it.*, 2009, 670 ss.).

c.d. “ortopediche”, perché le norme stesse fossero conformate al sistema valoriale dato dalla Carta fondamentale, ma, non di rado, si è avventurata in interpretazioni del tutto creative¹⁴³.

Per quel che ci riguarda, come già accennato, tanto è avvenuto con quei provvedimenti che hanno dichiarato l’inammissibilità dell’azione per abuso del processo, in quanto le pratiche abusive – con particolare riferimento al frazionamento di un credito unitario in più azioni – sono state ritenute, senza eccezioni, sempre lesive dei principi costituzionali del giusto processo e della ragionevole durata del giudizio.

Ebbene, siffatto modo di ragionare evidenzia una enorme semplificazione della questione.

Secondo la giurisprudenza costituzionale, infatti, la ragionevole durata è solo una delle facce del concetto poliedrico di giusto processo, nel senso che una sua invocazione non può andare a scapito delle altre componenti essenziali del modello processuale costituzionalmente garantito¹⁴⁴.

La giurisprudenza costituzionale ha, dunque, confermato l’idea che la garanzia della ragionevole durata sia sussidiaria a quella (delle altre componenti) del giusto processo, nel senso che essa presupponga un modello decisorio già delineato nelle sue forme garantistiche, rispetto al quale soltanto può poi essere valutata.

¹⁴³ Si pensi, oltre a quelle riportate in nota n.131, proprio alla Cass., Sez. un. 15 novembre 2007, n.23726, con la quale la Corte ha stabilito che il frazionamento della domanda, consistente nella proposizione di più domande giudiziali aventi fondamento nel medesimo credito unitario, è contrario alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all’art.2 Costituzione, risolvendosi in un abuso del processo (ostativo all’esame della domanda).

¹⁴⁴ Si veda, all’uopo, la chiara e significativa affermazione della Corte costituzionale, resa nella sentenza n.317/2009, secondo cui “il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie”, in quanto “un processo non giusto, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata”.

Peraltro è stato notato che solo marginalmente la legislazione processuale (e quindi indirettamente il sindacato su di essa) può incidere sui tempi morti del processo o sul loro patologico protrarsi, poiché tale fenomeno dipende – anche di ciò si è già fatto cenno – da scelte di politica giudiziaria relative all’organizzazione degli uffici giudiziari o alla loro dotazione finanziaria e, talora, anche da aspetti di disciplina sostanziale.

In altre parole il parametro della ragionevole durata rappresenta una costola del *giusto processo* e non può valere a indebolirne o smantellarne le garanzie.

Ed infine, la rilettura di una norma, per conformarla al principio della ragionevole durata, può – ed è successo – condurre ad una forzatura del testo, portando il vertice della giurisdizione ordinaria ad entrare in concorrenza tanto con i compiti del legislatore, quanto con quelli del giudice delle leggi¹⁴⁵.

¹⁴⁵ SORRENTI, *La Corte di cassazione e l’adeguamento delle norme del codice di procedura civile alla ragionevole durata del processo*, in Aa. Vv. (a cura di Laura Cappuccio ed Elisabetta Lamarque), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella “Constitutional Courts and Democratic Values”*, Napoli, 2013, 40.

CAPITOLO III

FRAZIONAMENTO DEL CREDITO E ABUSO DEL PROCESSO

CAPITOLO III

Sommario: 1. Premessa. Il frazionamento del credito in una pluralità di processi: dal giudicato implicito all'abuso del processo. – 2. Pronunzie e teorie fondate sulla teoria dei limiti oggettivi del giudicato. – 3. Frazionamento e principio dispositivo – 4. Distinzione tra diritto unico e pluralità di diritti. Ricadute sulle teorie relative al frazionamento della domanda. – 5 Il frazionamento del credito concepito come abuso del diritto. – 6 L'intervento delle Sezioni Unite a suffragio dell'ammissibilità del frazionamento. – 7 L'*overruling* del 2007 nel senso del frazionamento del credito come abuso del processo ostativo all'esame della domanda. – 7.1. (*Segue*) Ricadute dell'*overruling* del 2007 sulla giurisprudenza successiva.

1. – Premessa. Il frazionamento del credito in una pluralità di processi: dal giudicato implicito all'abuso del processo.

In rapporto alla frazionabilità del credito in una pluralità di giudizi, da molti intesa, in virtù della copiosa giurisprudenza che l'ha recentemente presa in considerazione, come fattispecie qualificata o, comunque, paradigmatica dell'abuso del processo, è necessario comprendere se la stessa sia sempre lecita, se incontri delle limitazioni, ovvero, se, al contrario, non vi si possa giammai fare ricorso. Più in particolare, se la suddetta parcellizzazione costituisca in ogni caso un'ipotesi di utilizzazione distorta dello strumento processuale e, quindi, di abuso dell'azione giudiziale.

Di poi, qualora si pervenisse ad una soluzione di tal fatta, sarebbe legittimo indagare su quali potrebbero essere le sanzioni da adottarsi per contrastare questo fenomeno in ossequio alla normativa prevista, all'attualità, dal nostro ordinamento.

Ad onor del vero, infatti, solo a partire dal più volte citato *overruling* del 2007, il frazionamento del credito è stato considerato come una ipotesi di abuso del processo, giacché in precedenza, sin da tempi piuttosto risalenti, il fenomeno era stato guardato sotto altre e differenti prospettive.

Per offrire, quindi, una ricostruzione compiuta della parcellizzazione del credito e tentare di avanzare possibili risposte ai quesiti più sopra proposti, non si può non prendere le mosse da una disamina dei diversi filoni giurisprudenziali che a partire dalla metà del secolo passato, sino ad oggi, si sono intrecciati, nonché del panorama dottrinario che, al pari della giurisprudenza, ha evidenziato opinioni discordanti sulla problematica della scindibilità dell'azione fondata sul credito unitario¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Senza pretesa di esaustività si possono citare, da un lato, alcuni di coloro che sostengono, con varie argomentazioni, la legittimità del frazionamento: CARNELUTTI, *Giudicato implicito in tema di liquidazione del danno*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 629; ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 399 ss.; MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 15 ss. e 29 ss.; CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. I) Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 215 ss. e 238 ss.; VERDE, *Sulla "minima unità strutturale" azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 573 ss.; ID., *I limiti oggettivi del giudicato nelle controversie del lavoro*, in *Dir. e giur.*, 1991, 721, ss. Dall'altro lato, gli oppositori: in particolare MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 220 ss.; ID., voce "*Regiudicata civile*", in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 432 ss.; MENCHINI-PROTO PISANI, *Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuniari*, in *Foro it.*, 1989, I, 2945 ss., soprattutto laddove si sostiene che l'efficacia preclusiva del giudicato operi anche *contra actorem*, impedendo così ogni azione sul credito residuo; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 70 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile, I*, Milano, 1960, 336 ss.; CERINO CANOVA, *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, II, 445 ss.; CARRATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale "frazionata" in più processi?* in *Giur. it.*, 2001, 1143 ss.; CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, 298 ss.; MONATERI, *La scindibilità del giudizio sul quantum*, in *Resp. civ. e prev.*, 1982, 415 ss.; GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2004, 181 ss. Non ritengono congrua la sanzione dell'inammissibilità ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*, in *NGCC*,

È, d'altra parte, opportuno osservare, anche, che ancora oggi, tra coloro che propendono per l'impossibilità della scissione di un credito unitario in una pluralità di azioni, si è creata una dualità, molti ritenendo che, in casi del genere, non sia necessario scomodare un concetto dai limiti ancora incerti, come l'abuso del processo, la cui esistenza è stata da taluno addirittura negata, dovendosi invocare, all'incontro, la disciplina sulla cosa giudicata e, in particolare, il giudicato implicito.

2. – Pronunzie e teorie fondate sulla teoria dei limiti oggettivi del giudicato.

Uno dei primi precedenti in materia, affermativo della possibilità del frazionamento, risale ad una pronunzia resa nel 1957¹⁴⁷ con la quale la Suprema Corte stabiliva che doveva ritenersi consentita la proposizione in diversi processi di domande separate di liquidazione relative a capi distinti del danno determinato da un unico evento. Pertanto nulla vietava al creditore di chiedere in giudizio gli interessi moratori *ex art.1224* e, in un successivo giudizio, i maggiori danni ai termini dello stesso articolo.

2001, II, 506 ss., il quale opta per una pronuncia di mero rito, non ostativa alla riproposizione della domanda dell'intero credito; DALLA MASSARA, *Tra res iudicata e bona fides: le sanzioni unite accolgono la frazionabilità nel quantum della domanda di condanna pecuniaria*, in *Corr. giur.*, 2000. 1621 ss., che suggerisce, per alleggerire i pregiudizi patiti da convenuto, la compensazione delle spese ai sensi dell'art.92, comma 2°, cod. proc. civ. Favorevole alla parcellizzazione, salvo che non traccini in un ingiustificato spreco di energie processuali che potrebbero giustificare la pronuncia di una sentenza di mero rito, RONCO, *Nota sulla frazionabilità del petitum di condanna in plurimi giudizi di cognizione*, in *Giur. it.*, 2001, 1147 ss.. Propone, invece, una soluzione in termini di nullità dell'atto di citazione contenente la domanda frazionata, MARENGO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2265 ss., mentre FINOCCHIARO, *Una soluzione difficile da applicare*, in *Guida al dir.*, 2007, n.47, 31 ss., ritiene che la fattispecie faccia sorgere in capo al convenuto vessato il diritto al risarcimento del danno con autonoma domanda.

¹⁴⁷ Cass. 27 marzo 1957, n.1059, in *Giur. it.*, 1957, I, 1, 399 ss., annotata da ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*.

Tale arresto aveva posto dilemmi circa l'identificazione delle pretese e l'estensione del giudicato.

In altre parole si era posta, per un verso, la problematica sul se il nostro ordinamento processuale vietasse o meno la scomposizione del *petitum*, ovverosia sul se la proposizione di una domanda, intesa a provocare un accertamento giudiziale in ordine ad una *res iudicanda* che costituisse parte di un oggetto più vasto, precludesse o no la possibilità giuridica di una successiva domanda diretta a fare valere gli elementi non dedotti con la prima.

Per altro verso, trasferendo l'accento dal momento della proposizione della domanda a quello della pronuncia giudiziale, si era aperto il quesito sul se la sentenza ottenuta sull'oggetto dedotto in giudizio potesse precludere, per una sorta di giudicato implicito, la possibilità di agire una seconda volta per il residuo, in ossequio al canone per cui il giudicato copre dedotto e deducibile.

Già la dottrina dell'epoca aveva formulato, in rapporto ai suddetti interrogativi, delle affascinanti e assolutamente non peregrine teorie, basate sulla constatazione che non esisterebbe, nell'ordinamento italiano, una norma di divieto al frazionamento della pretesa in più processi.

Questa teorica negava, pertanto, che l'azione di risarcimento del danno dovesse essere una sola e che essa, per il fatto di essere esercitata rispetto a un determinato *petitum*, si consumasse, in modo che non fosse più consentito riproporre in giudizio la pretesa che vi si connettesse.

Un'impostazione del genere poteva essere concepita sì nell'ambito del diritto romano classico, in quanto lo stesso era connotato da un regime di tipicità di *actiones*¹⁴⁸, peraltro venuto meno già in epoca giustiniana, ma non certo nel diritto moderno, caratterizzato invece da un processo ispirato al principio della disposizione

delle parti ove non si vedeva cosa potesse vietare all'interessato di far valere il proprio diritto a più riprese.

Ma, anzi, veniva sottolineato da questa parte di scienza processualistica, come fosse, di contro, normativamente prevista la possibilità di istituire due diversi processi per l'accertamento frazionato di una medesima fattispecie concreta, come nell'ipotesi della condanna generica, cioè come nel caso in cui l'attore nel primo processo chieda l'accertamento dell'esistenza di un certo fatto illecito e nel secondo la liquidazione del danno.

Quest'ipotesi andrebbe addirittura e manifestamente al di là del caso del semplice frazionamento del *petitum*, risolvendosi in sostanza in una condanna a formazione frazionata nella quale confluiscono gli accertamenti giudiziali contenuti in successivi e distinti processi¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Per ogni fatto giuridico vi era un'unica *actio* e, esercitata quella attraverso la *litis contestatio*, si verificava una consunzione processuale per cui, per il medesimo titolo, non si poteva più agire.

¹⁴⁹ ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, cit. 403 ss. L'insigne giurista, nell'affrontare la questione, sottolineando il silenzio della processualistica italiana, si è affidato allo sviluppo che della stessa è stato dato dalla dottrina tedesca, posto che anche nel diritto processuale tedesco manca una espressa previsione normativa intesa ad escludere l'ammissibilità del frazionamento del *petitum* e di un conseguente accertamento giudiziale parziale, dottrina che affronta il tema sotto il profilo dell'efficacia del giudicato ed arriva a considerare ammissibile una domanda per il residuo, dopo una prima condanna, anche nel caso in cui non sia stata formulata alcuna riserva dell'attore (KHUN, *Teilklage und Restklage*, Giessen, 1933, 53). Più precisamente, anche in difetto di una riserva ed ancorché l'attore avesse dato ad intendere che la pretesa dedotta in giudizio, a sua opinione, avrebbe esaurito il tutto, l'efficacia del giudicato, sia nel caso di reiezione che in quello di accoglimento della domanda, si sarebbe riferita all'importo dedotto in giudizio e non sarebbe stato di ostacolo alla proposizione di una seconda domanda per il residuo (in tal senso anche HELLWIG, *Anspruch und Klagrecht*, Leipzig, 1924, 166 ss. e 407; LENT, *Gesetzeskonkurrenz*, Leipzig, II, 1916, 49, 585). Ed è dalla stessa dottrina tedesca che vengono attinte le soluzioni per evitare che si possa obiettare all'ammissibilità del frazionamento del *petitum*, che così facendo si pregiudicherebbe la posizione del convenuto, tenuto a sopportare un carico di spese giudiziali più gravoso rispetto a quello che dovrebbe affrontare a conclusione di un unico giudizio. La soluzione sarebbe quella di non accollare al convenuto soccombente quelle spese giudiziali che siano provocate da superflua e ingiustificata partizione della domanda. Inoltre il convenuto che non volesse soggiacere ad una serie di processi frazionati, potrebbe proporre domanda riconvenzionale per fare accertare che il suo debito non eccede un certo ammontare e che dunque ulteriori pretese di condanna sarebbero infondate.

In senso analogo andava pure un dotto commento ad una precedente sentenza della Cassazione che, dopo aver affermato che l'ordinamento processuale italiano non consentiva di scindere il giudizio di liquidazione di danni, per modo che la determinazione della quantità della prestazione dovuta avesse luogo, per una parte, in un processo e, per l'altra parte, in un secondo processo, aggiungeva però che tale principio non fosse applicabile se la liquidazione di una parte del danno venisse riservata, con sentenza passata in giudicato, ad un ulteriore processo¹⁵⁰.

Di fronte alla sorpresa da taluno manifestata rispetto al contenuto dell'indicato arresto¹⁵¹, veniva sottolineato infatti che, sebbene la prima parte del ragionamento della Corte potesse apparire ingannevole, il prosieguo induceva a ritenere che la parte potesse limitare finché lo volesse l'oggetto del giudizio, ossia l'oggetto della domanda, a patto di dire che intendesse limitarlo.

In altri termini, solo se l'attore avesse chiesto la liquidazione del danno senza limiti e offerto la prova solo di una parte di questo, senza occuparsi della residua parte, allora una successiva domanda di liquidazione di quest'ultima avrebbe dovuto essere rigettata. Ma non per un inesistente divieto del frazionamento del giudizio di liquidazione, ma perché il giudicato, come si suole dire, copre il dedotto e il deducibile¹⁵².

¹⁵⁰ Cass. 9 ottobre 1956, n.3417, in *Foro it.*, 1957, I, 92, con nota critica di SCIALOJA, *Sulla scindibilità del giudizio di liquidazione del danno*, e in *Riv. dir. proc.*, 1957, 629 ss. con nota di CARNELUTTI, *Giudicato implicito in tema di liquidazione del danno*.

¹⁵¹ SCIALOJA, *Sulla scindibilità del giudizio di liquidazione del danno cit.*, si era scandalizzato per la richiamata decisione, così come per quella precedente del 30 gennaio 1956 (in *Giust. civ.*, 1956, I, 645), poiché, guardando almeno alla prima parte della motivazione, l'apparenza che ne risultava era nel senso di una limitazione del processo parziale, secondo l'insigne giurista, certamente contraria al principio di disposizione. Tale giudizio, tuttavia, secondo CARNELUTTI, in *Giudicato implicito in tema di liquidazione del danno*, cit., 41, non avrebbe tenuto nella dovuta considerazione il portato della seconda parte della massima per cui la parte può limitare finché vuole l'oggetto del giudizio, ossia l'oggetto della domanda; ma deve dire che lo limita.

¹⁵² CARNELUTTI, *Giudicato implicito in tema di liquidazione del danno*, cit., 41 ss.

Il pensiero per cui il frazionamento del credito in una pluralità di processi dovesse essere affrontato nel quadro dei limiti oggettivi del giudicato avrà notevole influenza anche nella dottrina e nella giurisprudenza successiva.

L'argomento "frazionamento", infatti, fin dal suo nascere è rimasto spesso imbrigliato, nella trattazione dottrinale, tra le maglie del giudicato, ed ha, diverse volte, subito la medesima sorte in una pluralità di pronunce giurisprudenziali che si sono susseguite nel tempo, tra le non molte emesse, sino al *boom* prodotto dalla sentenza delle Sezioni Unite n.23726 del 2007, in tema di abuso del processo.

Ne sia testimonianza anche la sentenza della Suprema Corte di Cassazione del 1985¹⁵³ con cui si era sostenuta l'inammissibilità della domanda di danni successivi alla sentenza, non impugnata dal lavoratore, che abbia condannato il datore, per rifiuto di assunzione del prestatore invalido civile ai sensi della legge n.492 del 1968, al risarcimento del danno consistente nelle retribuzioni maturate sino alla data della pronuncia, con conseguente reiezione della richiesta dei danni futuri per mancanza di interesse attuale a proporla; l'inammissibilità sarebbe dipesa dal carattere esaustivo, di piena immutabilità ed irrefutabilità, della cosa giudicata, che fa stato ad ogni effetto, comprendendo qualsiasi motivo di dubbio o d'incertezza sotto ogni profilo di diritto sostanziale e processuale.

È facilmente immaginabile come una simile decisione – che sanciva che la declaratoria di inammissibilità per carenza dell'interesse attuale del capo di domanda relativo al danno futuro, ove non impugnato, facesse stato sulla insussistenza del diritto azionato dal danneggiato – abbia destato sconcerto nel mondo accademico,

¹⁵³ Cass. 22 ottobre 1985, n.5192, pubblicata in *Foro it.*, 1986, I, 1383 ss., con nota di COCCHI, *In tema di sentenza di rigetto per difetto di interesse ad agire*; in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, II, 451 ss., con nota di CERINO CANOVA, *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*; in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 383 ss., annotata da RAVAGNANI, *Identificazione dell'azione, interesse ad agire e giudicato*; ivi, 1987, I, 1, 537 ss. con nota di ATTARDI, *Frazionamento della domanda di danni e estensione del*

essendosi più voci sollevate a criticarla. Ma ha offerto pure l'occasione per rivolgere alcuni quesiti relativi al rapporto tra il diritto sostanziale e quello processuale.

Si dica innanzitutto che anche questa sentenza ha risolto la questione del frazionamento del credito – che, per inciso, nel caso specifico non sarebbe apparso nemmeno esservi, giacché la porzione di credito richiesta nel secondo processo, all'epoca della prima domanda non era ancora maturata – facendo ricorso al principio del giudicato.

A prescindere dalla ammissibilità di una domanda frazionata e dei limiti in cui la stessa possa eventualmente considerarsi consentita, si trattava ancora una volta di stabilire se la sentenza che decide espressamente solo su alcune delle voci di danno fosse idonea ad acquisire forza di giudicato sull'esistenza di un diritto al risarcimento e sulla misura del danno fissato nella stessa.

La risposta fornita da taluni era quella secondo cui, per stabilire la portata di una decisione, occorrerebbe guardare al suo contenuto per quello che è e non per quello che dovrebbe essere.

Cosicché, nel caso preso in esame, la decisione del giudice di non potere giudicare su alcune voci del danno lamentato dall'invalido doveva considerarsi produttiva di ogni effetto in relazione al suo contenuto e non preclusiva di un nuovo giudizio rispetto alle voci non esaminate¹⁵⁴.

giudicato; in *Giust. civ.*, 1986, I, 1087 ss., annotata da SASSANI, *In tema di pronuncia su danno futuro e di preclusione della successiva autonoma domanda*.

¹⁵⁴ ATTARDI, *Frazionamento della domanda di danni e estensione del giudicato*, cit. Si dica, per completezza, che l'Autore aveva rilevato prima d'ogni altra cosa come la situazione oggetto della sentenza non poteva essere confusa con quella in cui un giudice – nel decidere su una domanda di risarcimento di danno – ometta puramente e semplicemente di considerare alcune delle voci di danno dedotte dall'attore; e neppure con quella nella quale il giudice decida – su domanda dell'attore o d'ufficio – su alcune solo delle voci di danno fatte valere e, previa separazione, rimandi la decisione sulle restanti ad un diverso processo. Nel commento si legge ancora che la prima di queste due ipotesi non avrebbe sollevato problemi particolari: per l'attore non vi sarebbe stato altro rimedio che impugnare la sentenza; se poi la sentenza stessa non fosse stata impugnata e fosse passata in giudicato, questa avrebbe fissato in maniera incontrovertibile non solo l'esistenza del diritto al risarcimento del

Talaltri hanno promosso i propri rilievi critici affermando che la Cassazione, confermando il ragionamento adottato nella sentenza d'appello, avrebbe confuso la nozione di interesse ad agire con quella di interesse sostanziale e che, comunque, la decisione sarebbe stata del pari errata in quanto affermava che la cosa giudicata potesse formarsi anche sulla mancanza di un interesse meramente processuale, precisando che la stessa potesse fare stato ad ogni effetto, sì da ricomprendere qualsivoglia motivo di dubbio o di incertezza sotto qualsiasi profilo, sia di diritto sostanziale che processuale¹⁵⁵.

Ma l'importanza della sentenza richiamata sta soprattutto nel fatto di avere riaperto la questione sul se la tutela risarcitoria si possa scomporre in una molteplicità di processi a misura delle singole voci di danno, oppure sia unitaria non meno nell'attuazione processuale che nella nozione sostanziale.

danno, ma anche la misura del danno stesso. Di fronte alla seconda ipotesi, invece, molti dubbi potevano sorgere. In particolare si sarebbe posto il problema della possibilità di un frazionamento della domanda di danni: frazionamento che sarebbe potuto avvenire, in ipotesi, già all'instaurazione del processo con la proposizione, da parte dell'attore di una domanda parziale di danni, oppure, a giudizio instaurato, su istanza di parte o anche d'ufficio. Orbene il Supremo Collegio avrebbe ritenuto – sia pure implicitamente – che la soluzione della problematica possa avere rilievo quando si tratta di stabilire ciò che avviene quando il giudice procede comunque ad un frazionamento della domanda. Solo riconoscendo la possibilità – sia pure a certe condizioni – di un frazionamento della domanda di danni, si potrebbe, infatti, sostenere che la cosa giudicata si formi sulla parte di danno su cui si è avuto il pronunciamento e che, una volta formatosi il giudicato, non vi sarebbe ostacolo a far valere in un separato processo le voci di danno su cui il giudice non abbia pronunciato. Negata, invece – e contrariamente alla dottrina più risalente sopra richiamata –, nell'arresto di cui si discorre, la possibilità di un frazionamento, la Cassazione aveva ritenuto che, seppure il giudice avesse dichiarato nella sentenza di aver deciso su alcune soltanto delle voci del danno richiesto, la sentenza stessa avrebbe reso, una volta passata in giudicato, l'esistenza del diritto al risarcimento del danno nella misura fissata e avrebbe impedito così che la controversia potesse essere riproposta in un successivo processo con riguardo alle voci di danno su cui il giudice del primo processo aveva dichiarato di non pronunciare. Così si spiegava, secondo l'Autore, come l'annotata decisione del Supremo Collegio avesse raggiunto la medesima conclusione anche dove – come nella fattispecie esaminata – il giudice del primo processo aveva ritenuto di non poter decidere su alcune voci del danno richiesto dall'attore e, quindi, respinto la relativa domanda: nel caso concreto, invero, il giudice del primo processo aveva in ogni caso proceduto ad un frazionamento della domanda di danni e, dunque, il passaggio in giudicato della sentenza aveva determinato la definitività della statuizione del giudice stesso sull'entità del danno da risarcire.

¹⁵⁵ COCCHI, *In tema di sentenza di rigetto per difetto di interesse ad agire*, cit.

3. – Frazionamento e principio dispositivo.

Alcuna parte della dottrina si è orientata, richiamandosi all'insegnamento di Chiovenda¹⁵⁶, nel senso che unico e ricomprensivo deve essere il processo di risarcimento, in quanto il diritto risarcitorio è sempre uno e unico rispetto al medesimo fatto lesivo e molteplici possono essere solo gli indici determinatori della quantificazione, aderendo in questo modo alla pronuncia della Cassazione cui si è poc'anzi fatto menzione¹⁵⁷.

In realtà la riportata visione si sarebbe distaccata in parte da quella offerta dal Maestro, giacché veniva precisato che nemmeno la volontà dell'attore sarebbe stata idonea a scindere l'unità del rapporto risarcitorio, come dimostrato dalla disciplina dell'adempimento parziale di cui all'art.1181 c.c.¹⁵⁸

Questa norma, è stato sostenuto, non consentirebbe infatti al creditore di pretendere, con la sua volontà, un adempimento parziale¹⁵⁹.

¹⁵⁶ CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 282; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1962, I, 327. Per il Maestro il codice civile, negli artt.1223, 1224, 1225, 1226 e 2043, 2056, 2057, avrebbe previsto il risarcimento del danno come fenomeno unitario, come tale denominandolo e regolandolo. Ciò sarebbe stato confermato dalla giurisprudenza e dalla dottrina dominante all'epoca, che aveva trattato la questione sotto il profilo della limitazione della preclusione costituita dal precedente giudicato e, dunque, assumendo l'eccezionalità del successivo processo. L'individuazione di tale limitazione alla portata preclusiva del giudicato, proseguiva l'Autore, doveva rinvenirsi nella volontà dell'attore, il quale ben avrebbe potuto esprimere la sua intenzione di agire solo per una parte del danno, riservando ad un successivo giudizio il restante risarcimento.

¹⁵⁷ CERINO CANOVA, *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, cit., 466 ss. e nota 32.

¹⁵⁸ CERINO CANOVA, *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, cit., 458 ss.

¹⁵⁹ È importante tuttavia sottolineare come la medesima norma sarà utilizzata per sostenere le contrapposte opinioni in tema di frazionabilità del credito. Infatti VERDE, *I limiti oggettivi del giudicato nelle controversie di lavoro*, in *Dir. e giur.*, 716 ss. e nota 23, aggiunge ad ulteriori argomenti già utilizzati a sostegno della frazionabilità del credito in più domande, l'art.1181 c.c. che contempla l'ipotesi di pagamento parziale, e quindi del frazionamento dell'obbligazione, lasciando all'autonomia del creditore la possibilità di accettarlo. L'Autore ne deduce che a maggior ragione il creditore dovrebbe poter assumere tale iniziativa processuale, che potrebbe essere contrastata in via riconvenzionale dal debitore che chieda l'accertamento dell'inesistenza dell'intero debito.

Nel solco dell'idea chiovendiana, ma in maniera più fedele, e dell'impostazione data da Allorio¹⁶⁰, si inserisce poi la ricostruzione offerta da un autorevole Commentatore¹⁶¹ il quale ha contestato che, in nome del principio per cui il processo sarebbe uno strumento di diritto pubblico diretto a fornire ad entrambe le parti tutela piena e definitiva, la parte, nel proporre la domanda giudiziale, dovrebbe avere cura di predisporla in maniera da esaurire qualsiasi pretesa collegabile alla situazione controversa se non volesse correre il rischio che, in successivi processi, gli venisse opposto il giudicato, ovviamente *implicito*, che copre anche domande che avrebbero potuto e *dovuto* essere proposte in precedenza, a nulla valendo, secondo questa prospettiva, una espressa richiesta di limitazione del provvedimento a determinati oggetti¹⁶².

Il Giurista aveva notato che una rimeditazione da parte di taluni del pensiero di Allorio prendeva le mosse da una pretesa esigenza di dover dare massimamente corpo e spessore al concetto di giudicato in un momento in cui i processi pervenivano al risultato definitivo ed immutabile solo dopo anni di lotte estenuanti. Cosicché tale scelta era nel senso che la lunghezza dei processi avrebbe dovuto almeno pagare in termini di ampiezza del giudicato.

Si sarebbe ritenuto così di potere ricollegare al carattere pubblico dello strumento processuale la conseguenza che il privato ha il potere di disporre, anche riguardo alla tutela giurisdizionale, del diritto soggettivo, ma non ha alcuna facoltà in ordine alla nozione e alla estensione della *res* da dedurre in giudizio, ravvisando il fondamento di tale conclusione nelle norme (quali gli artt.24 Cost., 2907 1° comma

¹⁶⁰ ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, cit. 403 ss.

¹⁶¹ VERDE, *Sulla "minima unità strutturale" azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 573 e ss.

¹⁶² MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 278 e ss.

c.c., 99, 81, 105, 75 1° comma c.p.c., etc.) che coordinano l'azione civile alla tutela di una situazione soggettiva, autonomamente rilevante sul piano sostanziale¹⁶³.

L'Autore in parola aveva considerato però questo schema argomentativo alquanto tautologico.

Secondo questi, infatti, era tutto da dimostrare che il carattere pubblico dello strumento processuale imponesse un contenuto della decisione che potesse prescindere dalle richieste delle parti.

È cosa diversa poi, rifletteva, dire che vi sono disposizioni le quali coordinano l'azione civile alla tutela di situazioni soggettive autonomamente rilevanti e da queste norme voler, successivamente, ricavare il principio secondo cui nel processo la situazione deve essere portata *tutta intera* e che non vi è possibilità di frazionarla.

¹⁶³ Anche PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 398 e ss., si è pronunciato a favore della tesi di coloro che, facendo leva sull'esigenza di evitare quanto più possibile che il processo divenga strumento di disarticolazione di quanto a livello di diritto sostanziale è unitario, ed escludendo che il principio dispositivo comprenda oltre alla scelta di agire in giudizio per la tutela del proprio diritto, anche il potere di delimitare l'oggetto del processo in modo diverso rispetto alla consistenza sostanziale del diritto fatto valere, sostengono l'inammissibilità della deduzione in giudizio in via frazionata di un credito unitario dal punto di vista sostanziale. A favore di questa tesi giocherebbe sul piano pratico l'esigenza di tutela del convenuto contro la possibilità di essere chiamato più volte in giudizio per la responsabilità derivante da un medesimo fatto dannoso, e prima ancora sul piano sistematico il coordinamento tra oggetto del processo e diritto sostanziale che si deduce da molteplici disposizioni, tutte che indicano nel diritto fatto valere in giudizio l'oggetto della domanda e della tutela giurisdizionale: artt. 24 Cost., 99, e 81 c.p.c., 2907 e 2697 c.c. Invece CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 215 e ss., sostanzialmente in adesione alle opinioni espresse da ALLORIO, in *Giudicato su domanda parziale*, cit. 403 ss., in merito a quello che definisce il problema inesaurito dell'ammissibilità della c.d. *Teilklage*, esprime il dubbio che, piuttosto che ai principi sulla funzione pubblicistica del processo e sulla sola parziale preminenza che essa riconosce al diritto dispositivo, occorra e, comunque, convenga rifarsi ad eventuali addentellati normativi specifici in tema di delimitazione dell'oggetto del giudizio, e di giudicato, per così dire naturale. In questa prospettiva la frazionabilità del credito sarebbe confermata dall'art. 278 c.p.c. che ammette quale oggetto di una sentenza, e finanche quale oggetto autonomo del giudizio, la domanda di mera condanna generica, o meglio di accertamento dell'*an debeat*, e così della mera esistenza di un fatto illecito e della sua dannosità eziologica. La frazionabilità sarebbe attratta verso il polo della "tutela giurisdizionale" per cui si tratterebbe di assicurare al convenuto la possibilità di far valere in via riconvenzionale una domanda di accertamento negativo per il residuo, solo in tale forma potendo acquistare rilevanza processuale il suo dissenso una volta che si riporti la formulazione attrice di un *petitum* parziale al principio dispositivo.

Invero anche a volere per un momento fare credito a siffatte argomentazioni, per accettarne le conseguenze bisognerebbe avere strumenti sicuri che possano consentire, partendo dalle singole discipline, di individuare che cosa appartiene alla situazione controversa e che cosa è ad essa estranea.

Veniva così osservato che la tormentata vicenda dei criteri di identificazione delle azioni e quella non meno insicura dei limiti oggettivi della cosa giudicata dovrebbe scoraggiare a perseguire la strada che voglia collegare l'estensione del giudicato non alle richieste delle parti, ma alla consistenza oggettiva dei diritti.

Se, nonostante ciò, si volesse insistere in questa direzione, bisognerebbe mutare indirizzo e ritenere almeno che competerebbe al potere-dovere officioso del giudice di allargare il tema della lite a qualsiasi implicazione della situazione sostanziale controversa.

In questo caso, peraltro, la preventiva provocazione del contraddittorio sembrerebbe discendere, come elementare esigenza, dal diritto di difesa che dovrebbe ritenersi rispettato anche quando il giudice – restando nell'ambito delle richieste delle parti – volesse prospettare questioni o tesi giuridiche mai discusse.

Ma anche qualora non volesse pervenirsi a tale conclusione si dovrebbe ritenere non proponibile una domanda frammentata e, su questa base, consentire al giudice di emanare una sentenza processuale non suscettibile di giudicato.

In questa direzione l'unica norma utilizzabile (e non utilizzata) sarebbe l'art.100 c.p.c., intesa nel senso che l'interesse è "misura dell'azione" non soltanto in senso soggettivo, come indispensabilità del ricorso ai giudici per la tutela dei diritti, ma anche in senso oggettivo, come necessità di dimostrare la sussistenza di un reale e accettabile interesse al frazionamento della tutela.

L'utilizzazione di questa norma, oltre tutto, consentirebbe non la pronuncia di merito sull'intera situazione sostanziale (dedotta e non dedotta) ma più civilmente

una sentenza di rigetto per mancanza di interesse ad una pronuncia frazionata, che non sarebbe preclusiva della riproposizione della domanda giudiziale.

Ma, è stato ancora osservato che, questo tipo di interpretazione non rientra di sicuro nel nostro diritto “vivente”, così da lasciare immutati i termini della questione.

In questa teoria è insita la convinzione, infatti, che, allo stato attuale l'ordinamento non offra un supporto sicuro per collegare il giudicato alla consistenza oggettiva dei diritti, nulla escludendo, però, che il legislatore futuro possa percorrere diverse vie, che sul piano processuale, non potrebbero discostarsi dall'alternativa indicata.

4. – Distinzione tra diritto unico e pluralità di diritti. Ricadute sulle teorie relative al frazionamento della domanda.

Una interessante prospettazione è stata offerta ancora da chi, prima d'ogni altra indagine, ha ritenuto essere opportuno innanzitutto chiedersi che cosa debba intendersi per diritto soggettivo unico e come si distingue un diritto soggettivo ad una prestazione divisibile da una pluralità concorrente di diritti soggettivi.

Solo chiarito questo arcano, si è detto, può essere possibile comprendere come ed in qual misura possa intervenire il principio della cosa giudicata rispetto alle ipotesi di c.d. parcellizzazione del credito, come variamente individuate dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel corso del tempo¹⁶⁴.

Questo orientamento si è mosso sull'assunto che non deve interessare la questione sotto il profilo sostanziale: che non rileva, in altri termini, tentare di

¹⁶⁴ RONCO, *Azione e frazione: scindibilità in più processi del petitum di condanna fondato su un'unica causa petendi o su causae petendi dal nucleo comune, ammissibilità delle domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata*, in *Giur. it.* 1998, 890 ss.

disegnare i confini tra diritto unico e pluralità di diritti al di fuori dell'ottica processuale.

Il punto di osservazione dal quale occorre porsi è esclusivamente quello della prospettazione giudiziale del diritto soggettivo: e la strada solutoria dovrebbe essere quella che conduce a distinguere tra il caso in cui una pluralità di azioni attenga alla stessa prospettazione di diritto sostanziale, oppure racchiuda prospettazioni differenti.

Da questo angolo visuale sembra potersi affermare che si ha reiterazione della medesima prospettazione quando la *causa petendi* delle diverse azioni, ovvero l'insieme dei fatti storici allegati, pur venendo introdotto in giudizio per differenti *petita*, è esattamente il medesimo; *a contrario*, si avranno differenti prospettazioni allorquando ciascuna azione avrà quantomeno un elemento della *causa petendi* che la diversifica dalle altre¹⁶⁵.

Alla prima classe di fenomeni appartenerebbero quelle fattispecie in cui per ottenere ciascuna *tranche* di corrispettivo successiva alla prima, al creditore è stato sufficiente allegare e dimostrare proprio quelle (e soltanto quelle) circostanze di fatto che aveva allegato con la prima azione giudiziale.

Paradigma della seconda classe di fenomeni sarebbe dato invece dai casi in cui di fronte al medesimo fatto illecito, ciascuna "voce di danno" poggia su presupposti ed allegazioni fattuali tra loro differenti.

L'ipotesi tipica si ha quando da un medesimo evento vengano generati danni a cose e danni alla persona. In tal caso la parte che agisca per conseguire il risarcimento di entrambe le tipologie di danno dovrà prospettare due *causae petendi* non del tutto collimanti.

¹⁶⁵ RONCO, *Azione e frazione*, cit. L'Autore riprende ragionamenti e distinzioni già operati da ALLORIO, in *Giudicato su domanda parziale*, cit., 402

Vi sarebbe poi una terza classe di fenomeni, intermedia tra le dette due (o forse una sottoclasse della prima), che può essere ravvisata nelle fattispecie di carattere periodico, nelle quali le singole *tranche* della prestazione dovuta si distribuiscono nel tempo: si pensi alle rate di un mutuo od ai canoni di una locazione.

Qui l'attore, se agisce prima dell'esaurimento del rapporto – e se non si è verificata la cosiddetta decadenza dell'obbligato dal beneficio del termine *ex art. 1186 c.c.*, o non è stata proposta una domanda di condanna in futuro – non può che prospettare un inadempimento del debitore ad una parte del tutto, e la sua azione successiva, a sua volta, non potrà vertere che sui pagamenti via via resi esigibili dallo scorrere del tempo¹⁶⁶: e ciò, si noti, anche se il complesso della *causa petendi* sarà esattamente lo stesso per ciascuna azione, salvo, per l'appunto, il fattore cronologico.

Solo una volta delineate le possibili categorizzazioni del frazionamento, in più processi, della pretesa avente origine da un'unica soluzione sostanziale abbisognevole di tutela, secondo la prospettata idea, è stato possibile fare il passo ulteriore e domandarsi se e come il diritto positivo offra una soluzione al problema.

Anche in questo caso la risposta offerta è che una *reductio ad regulam* delle riportate questioni sarebbe affidata al canone della cosa giudicata sostanziale.

Più precisamente si è affermato che i principi che reggono l'istituto della cosa giudicata non impediscono la decisione nel merito di più azioni fondate sulla medesima *causa petendi* o su *causae petendi* aventi un nucleo comune, allorquando le azioni tendano comunque a *petita* tra loro differenti.

Quindi, solo, laddove le differenti azioni siano fondate sull'allegazione dei medesimi fatti (e soltanto di quelli), l'accertamento racchiuso nel primo giudicato farebbe stato nei giudizi successivi.

¹⁶⁶ RAVAGNATI, *Identificazione dell'azione, interesse ad agire e giudicato*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 383.

Una precisazione però viene fatta per i casi di prestazioni periodiche: in tali ipotesi, invero, il giudicato si formerebbe solo in relazione a quei passaggi logici che assumano i connotati di questioni pregiudiziali secondo la teoria del c.d. “antecedente logico necessario”.

5. – Il frazionamento del credito concepito come abuso del diritto.

Da un certo momento in poi, il nucleo delle decisioni in materia di frazionamento sembra essersi spostato dal giudicato e dall’oggetto del processo all’abuso del diritto, facendosi ricorso ai canoni di correttezza e buona fede sanciti dal Codice di diritto sostanziale agli artt.1175 e 1375.

Cosicché fa per la prima volta ingresso in giurisprudenza un modo nuovo di sentire il tema, certamente ispirato dall’interesse crescente per la figura generale dell’abuso e per le sue applicazioni anche in campo processuale.

Il Supremo Collegio ha iniziato a ritenere che i suddetti canoni funzionassero da criterio di bilanciamento degli opposti interessi in gioco in quanto ciò che unicamente dovrebbe rilevare è l’esistenza di un qualunque pregiudizio per il debitore non giustificato da un considerevole vantaggio, meritevole di tutela, per il creditore¹⁶⁷.

La questione veniva fatta in tal guisa scivolare sul piano sostanziale, traducendosi il frazionamento del credito in una modalità dell’adempimento non pattuita tra le parti e imposta dal creditore attraverso gli strumenti processuali adottati.

¹⁶⁷ Cass. civ., 23 luglio 1997, n.6900, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2727 e ss. e in *Giur. it.*, 1998, 889 e ss.

In altre parole il canone della buona fede avrebbe funzionato da regola di governo sia della discrezionalità contrattuale, sia della fase patologica conseguente al mancato o inesatto pagamento dell'obbligazione.

È attraverso questa clausola generale che la Corte ha dato ingresso a quel bilanciamento degli interessi contrapposti che solo può giustificare una deroga al principio della tutelabilità in giudizio dell'intero credito, a sostegno della quale è peraltro facile invocare il principio di economia dei giudizi.

Se, dunque, in linea astratta non sembrava, per questo orientamento, potersi escludere la tutelabilità frazionata del credito, questa avrebbe dovuto rispondere ad un interesse meritevole di tutela del creditore, che tanto più deve sussistere e deve essere apprezzato nel caso in cui ad esso si contrapponga, a causa della pluralità di iniziative processuali assunte, una situazione più onerosa per il convenuto.

La conclusione cui la Corte perveniva era, dunque, quella per cui dovesse ritenersi contrario a buona fede, e quindi inammissibile, siccome illegittimo per abuso del diritto, il comportamento del creditore il quale, potendo chiedere l'adempimento coattivo dell'intera obbligazione, frazionasse, senza alcuna ragione evidente, la richiesta di adempimento in tutta una pluralità di giudizi di cognizione davanti a giudici competenti per le singole parti.

In altra occasione la Cassazione aveva affermato l'inammissibilità della parcellizzazione di un'unica pretesa creditoria in più decreti ingiuntivi, qualificando come viziato, *lato sensu*, da eccesso di potere il comportamento del creditore che si avvallesse di tale espediente processuale¹⁶⁸.

Pure in questo caso la Corte aveva inteso fare riferimento ai parametri della buona fede e correttezza per valutare se il frazionamento di una prestazione originariamente unica, concepito come eccezionale dall'ordinamento, potesse

¹⁶⁸ Cass. civ., 8 agosto 1997, n.7400, in *Giur. it.*, 1998, 889 e ss.

rispondere ad un interesse apprezzabile dell'una o dell'altra parte, escludendo che, nel caso di specie, il frazionamento del credito potesse rispondere ad alcuna apprezzabile esigenza del creditore, rappresentando solamente un espediente processuale per ottenere, attraverso la frammentazione della pretesa in più decreti ingiuntivi e la mancata opposizione ad alcuno di essi, un giudicato di cui avvalersi in sede di una eventuale successiva opposizione.

Non ha mancato la Corte di rilevare che una tale parcellizzazione avrebbe pregiudicato la posizione del debitore, il quale oltre a dover rifondere le spese dei diversi provvedimenti monitori, si sarebbe trovato nella condizione di proporre una molteplicità di opposizioni¹⁶⁹.

6. – L'intervento delle Sezioni Unite a suffragio dell'ammissibilità del frazionamento.

Tutto quanto sin qui riportato evidenzia un dato inequivoco: nel corso degli anni si è venuto formando un panorama variegato di pronunce giurisprudenziali, suscettibile, tuttavia, di essere rappresentato schematicamente in un contrasto tra arresti favorevoli alla frazionabilità del credito in una pluralità di giudizi, da un lato – giacché ciò non avrebbe integrato alcuna lesione del c.d. deducibile – e, dall'altro, tutte quelle sentenze che sono, all'incontro, pervenute ad un'avversa soluzione; pronunce, queste ultime, che, pur se accomunate dal fatto di approdare ad una stessa conclusione, hanno però percorso vie differenti.

¹⁶⁹ Contrariamente quindi ai principi di correttezza, buona fede e contemperamento dei contrapposti interessi, verrebbe in tal modo a realizzarsi, attraverso l'uso deviato di strumenti processuali, predisposti dall'ordinamento ad altri fini, esclusivamente il privilegio del creditore, con ingiustificato danno del debitore.

In altre parole, sul tema della parcellizzazione del credito si è formato nel tempo un annoso contrasto giurisprudenziale che ha richiesto l'intervento delle Sezioni Unite per dirimerlo¹⁷⁰.

Cosicché, con la sentenza del 10 aprile 2000, n.108, il massimo organo giurisdizionale si è pronunciato stabilendo l'ammissibilità della domanda giudiziale con la quale il creditore di una determinata somma, derivante dall'inadempimento di un unico rapporto, chieda un adempimento parziale con riserva di azione.

La questione oggetto della decisione era quella di un creditore, il quale, in presenza di un credito inadempito di un determinato ammontare, ne aveva chiesto il pagamento di una sola frazione, adendo il giudice inferiore rispetto a quello che sarebbe stato competente a conoscere dell'intero credito.

Le Sezioni Unite hanno ritenuto di dovere privilegiare quell'indirizzo orientato in favore della legittimità del comportamento assunto dal creditore, osservando che questi abbia facoltà di chiedere, anche in via monitoria, un adempimento parziale, in correlazione alla identica facoltà di accettarlo,

¹⁷⁰ Il caso da cui trae origine la sentenza delle S.U. in commento è il seguente: con ricorso al Conciliatore di Napoli, depositato il 16 luglio 1992, la S.r.l. Nuova Regal Sport deduceva di essere creditrice, nei confronti di De Gregorio dell'importo di Lire 1.200.000 in virtù di merce fornita, precisando di chiedere unicamente il pagamento della somma di Lire 1.000.000, riservando di agire per il residuo. Il Conciliatore, con decreto ingiuntivo, ingiungeva al De Gregorio del pagamento della somma di Lire 1.000.000, oltre interessi legali e spese del procedimento. Avverso questo decreto, l'ingiunto proponeva opposizione deducendo l'insussistenza dei presupposti di cui all'art.633 c.p.c. e l'inesistenza del credito. Con sentenza depositata il 15 maggio 1995, previa acquisizione di prove e testimonianze, il Giudice adito dichiarava improponibile la domanda e, per l'effetto revocava il decreto opposto. A sostegno della pronuncia il Conciliatore osservava che poiché la *res in iudicium deducta* è data dalla *causa petendi* e dal *petitum*, risultava palese che quando, come nella specie, la *causa petendi* è indivisibile in ragione dell'unicità del rapporto contrattuale di base, una parcellizzazione del *petitum* risultava preclusa per il divieto del *ne bis in idem*. Avverso questa sentenza la S.r.l. Nuova Regal Sport ha proposto ricorso per Cassazione, notificato il 1 luglio 1996, sulla base di un unico complesso motivo, cui ha resistito con controricorso e con ricorso incidentale condizionato il De Gregorio. Il ricorso, inizialmente assegnato alla Seconda sezione civile, è stato rimesso alle S.U. dal Primo Presidente, per la composizione del contrasto di giurisprudenza verificatosi nell'ambito delle Sezioni semplici, sulla questione della ammissibilità o meno della frazionabilità in una pluralità di giudizi di una pretesa relativa ad un unico diritto di credito pecuniario.

riconosciutagli dall'art.1181 c.c., mentre il pericolo di un aggravio di spese per il debitore, esposto ad una pluralità di decreti ingiuntivi nel caso di parcellizzazione del credito sarebbe dal medesimo ovviabile o mettendo in mora il creditore, offrendogli l'adempimento dell'intero, o chiedendo l'accertamento negativo di esso¹⁷¹.

Prima di arrivare a formulare la conclusione poc'anzi riportata, le Sezioni Unite hanno analizzato preliminarmente e confutato tutte quelle argomentazioni, peraltro anche fra loro configgenti, che hanno costituito il supporto delle precedenti decisioni di inammissibilità.

In tali arresti si è fatto riferimento in primo luogo all'interesse del creditore, alla sua riconoscibilità, alla sua meritevolezza, quali criteri guida per il giudice in una indagine che abbia come oggetto l'ammissibilità di una modifica, attraverso lo strumento processuale, delle modalità di adempimento delle prestazioni pattizamente convenute, ovvero delle modalità normativamente introdotte per l'adempimento coattivo di una obbligazione contrattuale rimasta insoddisfatta¹⁷².

Di poi ci si è riferiti all'art.1453 c.c. per il quale l'avente diritto, in caso di inadempimento, può optare o per la risoluzione del contratto o per l'adempimento in via coattiva di quella specifica esatta prestazione, oggetto della propria aspettativa contrattuale¹⁷³.

¹⁷¹ Cass. 15 aprile 1998, n.3814; Cass. 19 ottobre 1998, n.10326; Cass. 5 novembre 1998, n.11114; Cass. 9 novembre 1998, n.11265.

¹⁷² Cass. 23 luglio 1997, n.6900, cit. Secondo l'indicata sentenza, deve ritenersi contrario a buona fede, e quindi inammissibile, siccome illegittimo per abuso del diritto, il comportamento del creditore il quale, potendo chiedere l'adempimento coattivo dell'intera obbligazione, frazioni, senza alcuna ragione evidente, la richiesta di adempimento in tutta una pluralità di giudizi di cognizione davanti a giudici competenti per le singole parti. Né vale ad escludere questo giudizio di sfavore il fatto che nessun vantaggio economico si profili, in tal modo, per il creditore. Ciò che, infatti, unicamente rileva, ai fini di una corretta impostazione del problema entro i canoni ermeneutici del principio di buona fede, è l'esistenza di un qualsivoglia pregiudizio per il debitore, non giustificato da un corrispondente vantaggio – meritevole di tutela – per il creditore.

¹⁷³ Cass. 23 luglio 1997, n.6900 cit.

Ancora. In passato si era utilizzato il richiamo ai principi generali dell'ordinamento, i quali prescrivono, sia per il debitore che per il creditore, il comportamento secondo le regole della correttezza (art.1175 c.c.) e l'esecuzione dei contratti secondo buona fede (art.1375 c.c.), e importano che l'adempimento di una obbligazione pecuniaria, nascente da un unico rapporto, vada richiesto ed assolto in unica soluzione, non essendo consentito in linea generale mutare in fase di esecuzione i termini e le modalità di una obbligazione come pattuiti alla conclusione del contratto¹⁷⁴.

Ma non è finita qui. Elemento utilizzato per giustificare l'inammissibilità del frazionamento era stata l'idea che l'art.1181 c.c., che stabilisce il diritto del creditore di rifiutare un adempimento parziale, fosse l'enunciazione di un principio generale che potrebbe cedere solo di fronte all'interesse del creditore ad una pronuncia parziale sul merito (art.277 c.p.c.) o di una condanna ad una provvisoria (art.278 c.p.c.)¹⁷⁵.

Adirittura alla parcellizzazione non era stata attribuita riconoscibilità di un interesse del creditore meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, in quanto si configurerebbe come un espediente processuale per ottenere, attraverso il

¹⁷⁴ Cass. 8 agosto 1997, n.7400, cit. Nel citato *arrêt* la S.C. ha affermato che, secondo i principi generali dettati in tema di adempimento delle obbligazioni, il debitore ed il creditore sono tenuti ad osservare un comportamento improntato alle regole della correttezza (art.1175 c.c.) e della buona fede al momento dell'esecuzione del contratto (art.1375 c.c.), con la conseguenza che l'adempimento di una obbligazione pecuniaria, nascente da un unico rapporto obbligatorio, va, rispettivamente, eseguito e preteso in un'unica soluzione, non potendo ritenersi lecito, in linea di principio, un mutamento di termini e modalità genetiche del rapporto nel momento finale della sua esecuzione, giusto il disposto dell'art.1181 c.c. (in forza del quale la prestazione va adempiuta nella sua interezza, tant'è che il creditore può rifiutare un adempimento parziale), salvo che la legge o gli usi dispongano diversamente, ovvero che, in sede processuale, la definizione di alcune soltanto delle domande proposte si dimostri di "interesse apprezzabile" per la parte istante (*ex* art.277 c.p.c.). Secondo la Cassazione si deve, pertanto, escludere, "*ex latere creditoris*", la legittimità di una richiesta coattiva di adempimento in più soluzioni di un debito scaturente da un'unica fonte obbligatoria attraverso il ricorso a più decreti ingiuntivi (ciascuno contenuto, nel caso di specie, nella competenza del conciliatore) per somme ogni volta inferiori a quella complessivamente dovuta.

frazionamento della pretesa in più decreti ingiuntivi e la mancata opposizione a taluni di essi, un giudicato di cui avvalersi in sede di una eventuale successiva opposizione¹⁷⁶.

Infine, in una propria sentenza, la S.C. aveva qualificato il comportamento del creditore che si avvalsesse di un tale espediente processuale come addirittura affetto da vizio di eccesso di potere¹⁷⁷.

Ebbene, il Collegio a sezioni riunite ha ritenuto queste argomentazioni poste a sostegno della non ammissibilità della parcellizzazione come non persuasive, provvedendo a confutarle una ad una.

Hanno osservato le S.U. – e ciò appare l’argomentazione maggiormente pregnante, che consente di “smontare” i ragionamenti seguiti dalle sezioni semplici fautrici dell’inammissibilità – che, in mancanza di espresse disposizioni o di principi generali desumibili da una interpretazione sistematica, non è consentito all’interprete affermare l’inammissibilità di una domanda giudiziale per il fatto che la stessa riguarda solo una parte dell’unico credito vantato.

In realtà, ha precisato la Corte nella sentenza n.108 del 2000, la normativa invocata non contiene alcun appiglio per giungere a tale inammissibilità.

Non l’art.1181 c.c., che, anzi, nel riconoscere il diritto del creditore di rifiutare un adempimento parziale, non escluderebbe affatto il potere dello stesso di accettarlo e, pertanto, di richiederlo, anche giudizialmente.

Non sarebbe di supporto l’art.1453 c.c. che, incidendo sul contratto nella sua interezza, alcun argomento può recare in relazione alla tesi in discussione.

Non gli artt.277, comma 2, e 278, comma 2, c.p.c., che per la tutela degli interessi del creditore consentono, in vario modo, in presenza di domande più ampie

¹⁷⁵ Cass. 8 agosto 1997, n.7400 cit.

¹⁷⁶ Cass. 8 agosto 1997, n.7400 cit.

¹⁷⁷ Cass. 8 agosto 1997, n.7400 cit.

proposte, di limitare la pronuncia da parte delle stesse o di condannare il debitore al pagamento di una provvisoria e che non trovano applicazione quando la domanda sia stata inizialmente proposta con un contenuto più ridotto.

Né la soluzione contestata potrebbe trovare supporto nel richiamo ai principi di correttezza e buona fede, anche in ragione della primaria circostanza che la violazione di degli anzidetti principi sarebbe stata compiuta dal debitore rimasto inadempiente alla sua obbligazione.

Ed ancora! Le Sezioni Unite hanno insistito su questo aspetto: la volontà del creditore di adire un giudice inferiore, sia per ottenere una definizione più celere della controversia, sia per incontrare minori spese processuali, corrisponde, ad onta di quanto affermato in quelle sentenze che avevano dichiarato l'inammissibilità della parcellizzazione del credito, ad un interesse del creditore che, per il medio del frazionamento, da un canto, potrebbe sperare nell'adempimento spontaneo pure del residuo, dall'altro, nell'accertamento con effetto di giudicato dell'esistenza del rapporto obbligatorio da cui trae origine il debito.

Né, secondo l'*arrêt* n.108 del 2000, maggiormente fondata sarebbe l'argomentazione basata sulla prospettiva di un debitore angariato da una serie successiva di ulteriori azioni, giacché quest'ultimo ben potrebbe, in primo luogo, mettere in mora il creditore, offrendogli il pagamento dell'intera somma dovuta e, di poi, ove contesti il credito nella sua interezza, potrebbe chiedere, con efficacia di giudicato, l'accertamento negativo circa il rapporto dal quale si pretende sorto il debito, con devoluzione dell'intera controversia al giudice superiore ai sensi dell'art.34 c.p.c.

Infine, aggiunge la Corte, la pronuncia di inammissibilità della domanda è sanzione di ordine processuale che, per essere emessa, deve essere espressamente prevista o, comunque, ricavabile dal sistema.

Su questo ultimo punto, la costante giurisprudenza della Corte medesima – con riferimento ad altre fattispecie – si è mostrata contraria alle conclusioni cui sono giunte quelle decisioni che si sono pronunziate nel senso dell’inammissibilità, escludendo, pertanto, che dal sistema possano ricavarsi principi favorevoli alla inammissibilità della domanda parcellizzata¹⁷⁸.

Concludono, pertanto, le Sezioni Unite in parola, doversi ritenere senz’altro ammissibile la domanda giudiziale con la quale il creditore di una determinata somma, derivante dall’inadempimento di un unico rapporto, chieda un adempimento parziale, con riserva di azione per il residuo, trattandosi di un potere non negato dall’ordinamento e rispondente ad un interesse del creditore, meritevole di tutela, e che non sacrifica, in alcun modo, il diritto del debitore alla difesa delle proprie ragioni.

Nonostante l’ampiezza della motivazione, la soluzione dell’invocato arresto ha lasciato insoddisfatta molta parte della dottrina, che l’ha sottoposto a stringenti critiche.

Proprio in tema di meritevolezza della tutela del creditore si è pronunziata Ghirga¹⁷⁹, la quale ha perentoriamente affermato che non può ritenersi puramente e

¹⁷⁸ Codesta impostazione le Sezioni Unite la ricavano dall’ammissibilità, nel nostro ordinamento, di una richiesta di condanna generica limitata all’*an*, con riserva di agire in un giudizio separato per la determinazione del *quantum*. Sul punto si vedano Cass. 8 gennaio 1999, n.85; Cass. 22 agosto 1997, n.7888; Cass. 23 novembre 1995, n.12103. La traggono inoltre dalla proponibilità della domanda di risarcimento del maggior danno *ex art.1224, II, c.c.* in un separato giudizio, successivo a quello in cui si sia formato il giudicato sugli interessi legali per il medesimo ritardo, purché il creditore abbia effettuato nel primo giudizio la riserva, come, per esempio, sancito da Cass. 18 maggio 1995, n.5453; Cass. 3 dicembre 1996, n.10805. In ordine, poi, al risarcimento da fatto illecito, tali conclusioni sono evinte dalla possibilità per il danneggiato di agire separatamente per il risarcimento delle voci di danno diverse da quelle oggetto del primo giudizio, purché anche in questo caso, il danneggiato abbia fatto esplicita dichiarazione di voler limitare la sua pretesa solo ad alcuni profili di danno e di riservarsi una successiva azione per le voci non coperte, come stabilito da Cass. 6 agosto 1997, n.7275; Cass. 15 ottobre 1992, n.11322.

¹⁷⁹ GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit., 209 ss. Per l’A. – convinta che vi sia sempre la necessità di considerare sorretta dal requisito causale anche la domanda giudiziale, quale modalità

semplicemente che il frazionamento corrisponda ad un interesse dell'attore, dovendosi, all'incontro, procedere caso per caso alla verifica, appunto, della sussistenza concreta, e con riferimento alla singola iniziativa processuale, della meritevolezza della tutela richiesta dal creditore.

Secondo questa interpretazione, quindi, dovrebbero essere valutati e considerati, e in ogni caso comparati, gli interessi del convenuto preteso debitore, contrapposti in un bilanciamento operato tenendo da conto dell'insieme dell'ordinamento giuridico.

Questa teoria, come la stessa Ghirga ha modo di precisare, presuppone che il creditore che voglia agire in via frazionata, deve dichiarare espressamente la propria intenzione di parcellizzare il credito, fornendone peraltro la giustificazione, di modo che il giudice possa eventualmente convincersi, di fronte a quel determinato caso concreto, della sussistenza della meritevolezza della tutela richiesta secondo tale modalità¹⁸⁰.

È stato osservato, tuttavia, che aderire a siffatta teorica significherebbe aggiungere un requisito ulteriore all'interesse ad agire, quello della pretesa meritevolezza della tutela, che non è certamente normato e nemmeno desumibile dalla disposizione contenuta nell'art.100 c.p.c.¹⁸¹

di disposizione del diritto soggettivo che incontra gli stessi limiti dell'autonomia negoziale – le Sezioni Unite sono state probabilmente fuorviate da quei tentativi di dare ingresso nella realtà processuale a nozioni quali l'abuso, veicolato attraverso le clausole di correttezza e buona fede, che hanno distolto dal possibile utilizzo di quegli strumenti già presenti nella disciplina del processo, quale il controllo offerto dall'art.100 c.p.c., secondo una lettura conforme alle fonti di più elevato rango, in tutte le sue potenzialità, comprese quelle che fanno della norma stessa la matrice del requisito causale della domanda giudiziale.

¹⁸⁰ *Contra* MARINELLI, *La clausola generale dell'art.100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, 86 ss.

¹⁸¹ ASPRELLA, *Il frazionamento del credito nel processo*, Bari, 2015, 50 ss. L'A. ritiene, peraltro, che l'eventuale controllo sulla pretesa meritevolezza dell'azione frazionata non risolverebbe comunque i problemi di compatibilità e di ammissibilità della stessa sotto i profili della deviazione rispetto al giudice naturale e, nel caso si pervenga ad una decisione di merito sulla domanda azionata per il *minus*, dei limiti oggettivi del giudicato.

Si tratta, dunque, dell'affermazione di un interesse ad agire interpretato in senso più rigoroso, che porrebbe una condizione ulteriore rispetto a quelle previste per l'esercizio di ogni singola azione¹⁸².

Il filtro di meritevolezza collegato al concetto di interesse ad agire si atteggierebbe ad una condizione di trattabilità e decidibilità della causa nel merito¹⁸³ sicché la verifica della mancanza, in concreto, di esso, dovrebbe comportare una pronuncia di *absolutio ab instantia*.

Ma questa non è l'unica idea che sconta il limite dell'aumento dell'ambito applicativo dell'art.100 c.p.c., con estensione, a quanto pare, ad un'ulteriore verifica non prevista dall'ordinamento, quella cioè sulla plausibile e socialmente condivisibile ragione per cui si è scelto di frazionare la pretesa.

Ciò premesso, secondo la ricostruzione in parola, l'erroneità del ragionamento delle Sezioni Unite nella sentenza del 2000 starebbe nella predicata analogia tra quanto si verifica nel diritto sostanziale e quanto, invece, deve verificarsi sul piano processuale; questa pretesa assonanza si scontrerebbe, infatti, con il rilievo che mentre nel diritto sostanziale il debitore può vittoriosamente opporsi al creditore che fraziona, nel diritto processuale non vi sarebbero, almeno apparentemente, altre strade, considerandosi il ricorso alla riconvenzionale di accertamento negativo dell'intero credito come un'arma spuntata poiché, da un lato, finirebbe per risolversi in un ampliamento dell'oggetto del processo – con relativo spostamento della competenza – ad opera proprio della parte convenuta; dall'altro perché qualora questo accertamento fosse ottenuto, il creditore potrebbe senz'altro continuare ad agire nei confronti del debitore spendendo sempre in via frazionata il *petitum* mediato; tra accertamento e condanna non ci sarebbe coincidenza, ma semmai

¹⁸² Cass. 10 novembre 2000, n.2301; Cass. 11 dicembre 2000, n.15592.

¹⁸³ In tale senso DALLA MASSARA, *L'adempimento parziale per iniziativa del creditore*, in *Trattato delle obbligazioni*, vol. I, t. V, diretto da L. Garofalo e M. Talmanca, 250 ss.

continenza: e dove c'è soltanto continenza, la seconda azione non è mai preclusa dalla spendita della prima¹⁸⁴. Ed inoltre la riconvenzionale del convenuto in tal senso si esporrebbe sempre al rischio dell'accertamento *contra se*.

Sulla base di ciò detto, il problema, secondo questa posizione dottrinale, sarebbe quindi ovviabile con la possibilità di una dichiarazione di inammissibilità della domanda fondata sul difetto del requisito dell'interesse ad agire tutte le volte in cui l'attore non mostri una plausibile e socialmente condivisibile ragione per l'azionamento frazionato¹⁸⁵.

Ma voci di dissenso rispetto alla decisione delle Sezioni riunite sono provenute pure da altra parte della dottrina, sebbene fondate su diverse argomentazioni rispetto a quelle fin qui riportate.

A fronte dell'evidenza secondo cui per la S.C. non ostano ragioni di principio alla possibilità per il creditore di frazionare la domanda in una pluralità di giudizi militerebbe in senso contrario una concreta considerazione di economia processuale: nello specifico, la facoltà del creditore di proporre la domanda volta ad ottenere il credito nel contesto di una molteplicità di procedimenti dovrebbe confrontarsi, per un verso, con il limite costituito dalla legittima aspettativa, da parte del debitore, di non

¹⁸⁴ RONCO, *Azione e frazione: scindibilità in più processi del petitum di condanna fondato su un'unica causa petendi o su causae petendi dal nucleo comune, ammissibilità delle domande successive alla prima e riflessi oggettivi sulla cosa giudicata*, in *Giur. it.*, 1998, 1449 ss.

¹⁸⁵ RONCO, *Azione e frazione*, cit., 1450. L'A. afferma testualmente che: "da questo punto di vista, andrà respinta in rito la domanda di chi, producendo una scrittura che riveli un suo credito per cinquanta e non affermando che vi sia già stato un pagamento parziale, chieda una condanna limitata a venti, con riserva di agire per il residuo. Non andrà invece dichiarata inammissibile la domanda di chi limiti la propria pretesa a quanto documentalmente provato allo scopo di utilizzare il procedimento monitorio, con il proposito di formulare una nuova azione per quelle pretese che, pur strettamente legate alla prima, necessitano, per venire accolte, di essere suffragate da prove costituenti; o la domanda di chi, in relazione ad un'obbligazione a carattere periodico, chieda la condanna per quanto è attualmente esigibile, con la facoltà di agire *ex novo* per quanto diverrà esigibile successivamente".

sopportare spese processuali non necessarie¹⁸⁶, e, per altro verso, con l'interesse dello Stato alla concentrazione e all'immediatezza dei processi.

Alla luce di tale considerazione a taluno¹⁸⁷ non è parso in sé risolutivo sospendere il convenuto, allo scopo di sottrarsi agli oneri di un secondo giudizio sul *residuum*, a proporre una domanda riconvenzionale volta all'accertamento negativo di ogni altra pretesa, oltre quella azionata¹⁸⁸, giacché si finirebbe in tal caso con il gravare il convenuto dell'onere, per taluni aspetti prematuro e controproducente, di ampliare *sua sponte* la linea del fronte difensivo in punto di *quantum*.

Piuttosto, nel silenzio delle Sezioni Unite sul punto, viene suggerito di percorrere la strada di un più significativo ricorso, da parte dei giudici all'attribuzione del carico delle spese sulla base della disposizione dell'art.92, comma 2, c.p.c.¹⁸⁹, ove è prevista, a temperamento del principio della soccombenza, la possibilità di pronunciare condanna alle spese nei confronti della parte – qualunque essa sia – che abbia trasgredito al dovere di lealtà e di probità nell'esercizio dell'azione medesima, di cui all'art.88 c.p.c.

In questo modo l'art.92 c.p.c. potrebbe assumere, per un verso, il ruolo di strumento almeno parzialmente riequilibratore dei maggiori oneri che derivano al convenuto, nonché, per altro verso, di deterrente rispetto all'aggravio di spese di cui si fa carico lo Stato, in conseguenza di un ricorso alla giurisdizione che possa apparire indiscriminato e contrario alla *bona fides*.

¹⁸⁶ Sul punto si veda RONCO, *Azione e frazione*, cit., 895

¹⁸⁷ DALLA MASSARA, *Tra res iudicata e bona fides*, cit., 1924 ss.

¹⁸⁸ È questa un'opportunità affacciata da ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, cit. 404, e CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, cit., 244, e presa in considerazione anche dalle Sezioni Unite nella pronuncia in commento.

¹⁸⁹ Ciò appare auspicato anche sotto la rilevanza del dolo presente, da GAROFALO, *Per un'applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 652.

In senso contrario è stata rilevata la inopportunità del rinvio all'art.92 c.p.c. in quanto la sanzione da porsi a carico del debitore per l'esercizio "abusivo" del proprio diritto per il tramite del frazionamento dovrebbe trovare sanzione già sul piano del diritto sostanziale e non solo su quello processuale. Ciò in quanto il creditore violerebbe innanzitutto la clausola generale dell'art.1175 c.c. e, pur in assenza di esplicita richiesta del debitore, potrebbe il giudice d'ufficio avvalersi della facoltà di gravare le spese sul creditore¹⁹⁰.

Di altro avviso è chi, sebbene anch'egli in posizione critica nei confronti dell'arresto delle Sezioni Unite, ha ritenuto che la soluzione normativamente e logicamente più corretta dovesse essere quella di riconoscere al creditore la possibilità di ottenere una sentenza di condanna esclusivamente sull'intero oggetto del diritto di credito derivante da una unica *causa petendi*.

Qualora il creditore agisse per qualcosa di meno dell'intero credito, il giudice dovrebbe emanare una sentenza di mero rito, negando la tutela nel merito, ma non una nuova azione per l'intero credito¹⁹¹.

Questa teoria suscita senz'altro interesse in quanto con essa si comincia ad introdurre, anche in relazione alla parcellizzazione del credito, il concetto di abuso del processo, distinto da quello di abuso del diritto¹⁹², già preso in considerazione da parte di alcuna giurisprudenza e parte della dottrina.

¹⁹⁰ TRANQUILLO, *Richiesta di adempimento parziale ex latere creditoris ed exceptio doli generalis*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 362 ss.; ID., *L'esecuzione parziale del rapporto obbligatorio*, Milano, 2006.

¹⁹¹ ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*, in *NGCC*, 2001, 510.

¹⁹² ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*, cit., 506. L'A. sottolinea come le Sezioni Unite abbiano perso un'occasione ai fini di una presa di posizione chiara su temi di sempre maggiore interesse e importanza nell'ambito tanto del diritto civile che processuale. Il riferimento va esplicitamente indirizzato a un fenomeno di sostanzialmente distorta utilizzazione della nozione di abuso del diritto, con conseguente omissione del tentativo di configurare, anche in sede giurisprudenziale, un'autonoma nozione di abuso anche nell'ambito del diritto processuale civile (come, cioè, "abuso del processo"). Ad avviso dell'A., infatti, tale sentenza avrebbe segnato uno scarto consistente rispetto ai tentativi di quel periodo di una nuova sistemazione concettuale della materia, provenienti da una parte della cultura processual-civilistica italiana, particolarmente attenta al

Viene evidenziato, pertanto, come in parte della giurisprudenza presa in considerazione dalle Sezioni Unite sia diffuso il fenomeno di “virtuale processualizzazione della nozione di abuso del diritto”¹⁹³, e cioè del trasferimento verso il mondo della tutela giurisdizionale dei problemi di teorizzazione in sede sostanzialistica di una nozione di abuso del diritto; ciò a fronte, per quasi un cinquantennio, di una, pressoché, quasi totale assenza di dibattito in ambito processualcivilistico, all’interno del quale, al più ci si era limitati a denunciare solo fenomeni macroscopici di utilizzazione ostruzionistica di singoli strumenti processuali (come ad esempio è avvenuto in tema di utilizzazione abusiva del regolamento di giurisdizione precedentemente alla riforma del 1990¹⁹⁴).

L’obiezione muove quindi dalla constatazione della carenza di elaborazione di un’autonoma nozione di abuso del processo, di una mancata attenzione allo strumento processuale globalmente inteso come “strumento variabilmente modulabile al di fuori dell’immediata e prevalente finalità assegnata dalla legge ai singoli atti”¹⁹⁵, nonostante l’esperienza abbia dimostrato come abusi del processo siano frequenti, si manifestino in una pluralità di forme, e contribuiscano in modo non trascurabile al cattivo funzionamento dell’amministrazione della giustizia italiana¹⁹⁶.

Tutto questo avrebbe determinato una perdita di attenzione verso la costruzione di una nozione prettamente processuale di abuso comportando un sostanziale svuotamento di contenuto di alcune norme processuali, la cui funzione

problema, nonché rispetto ad una analoga anche se cauta evoluzione riscontrabile nell’ambito del processo penale; fenomeni questi, tutti caratterizzati dagli sforzi di ricostruire una nozione autonoma nell’ambito del processo.

¹⁹³ DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *Dir. priv.*, 1997, 459 ss.

¹⁹⁴ BARONE-CIPRIANI-PIZZORUSSO-PROTO PISANI, *Regolamento di giurisdizione, deontologia forense e credibilità delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 1987, I, 62-64.

¹⁹⁵ DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, cit., 465.

¹⁹⁶ TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in *Dir. priv.*, 1997, 435 ss.

dovrebbe essere, invece, quella di connotare e qualificare in termini generali il comportamento processuale delle parti e dei loro difensori.

Alla luce di queste considerazioni, secondo questa teoria, sembrerebbe imporsi una diversa considerazione, anche e soprattutto in sede applicativa, degli artt.88 e 96 c.p.c., uniche norme di portata generale in materia, e alle quali parrebbe essere affidato il compito di fare espandere le potenzialità deontologiche della complessiva normativa processuale.

Ancora in chiave critica è il parere di Marengo¹⁹⁷, il quale non ritiene condivisibile la soluzione adottata dal Supremo Consesso con la sentenza in commento.

Essa violerebbe, sul piano processuale il principio di economia, sotto il duplice profilo della esuberante moltiplicazione delle investiture giudiziarie e della vessatoria reiterazione a carico del debitore¹⁹⁸, e la soluzione del *simultaneus processus* dovrebbe valere in egual maniera sia nell'ipotesi di contemporanea pendenza, che in quello di successive iniziative per l'attuazione per quote di un debito derivante dallo stesso rapporto: la trattazione unica o congiunta, infatti, si

¹⁹⁷ MARENGO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2265 ss.

¹⁹⁸ MARENGO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto*, cit., 2265. Secondo l'A., quanto al primo profilo, al principio di economia ed all'esigenza di non impegnare inutilmente più giudici sono informati gli istituti che impongono il processo simultaneo nel caso di identità o connessione, evitando che la priorità tra i processi venga determinata dalle sentenze anziché dagli atti che le precedono. Così litispendenza e continenza impediscono che la medesima controversia sia decisa da più organi giurisdizionali; e, quindi, che attività processuali siano compiute vanamente, giacché tra gli eventuali giudicati contrastanti soltanto uno sarebbe attinto utilmente: la prevenzione della pluralità dei giudicati rispondendo, quindi, ad esigenze di economia più che alla prevenzione del possibile contrasto. Quanto poi alla connessione, le ipotesi contemplate dal codice di rito sono varie, ma tutte, comunque, caratterizzate dalla comune vocazione al risparmio di attività processuale, in ossequio – anche in questo caso – al principio di economia, il quale, come governa l'attività dell'uomo, non può non presiedere alle attività delle istituzioni. Quanto al secondo profilo l'A. osserva che gli istituti della litispendenza e della continenza svolgono anche la funzione di impedire la vessatoria esorbitanza, che vulnera il diritto della parte a non subire iniziative giudiziarie di mero disturbo – a scongiurare le quali non potrebbe soccorrere, in tal caso, la condanna di cui all'art.96 c.p.c. – e la effettiva possibilità di

imporrebbe al fine di preservare l'autorità giudiziaria dalla inutile moltiplicazione dei giudizi; e il dato temporale risulterebbe, a tal fine, irrilevante.

Vien da sé, come ulteriormente soggiunto, che la soluzione adottata dalle Sezioni Unite del 2000 altro non farebbe, attraverso il progressivo aumento del contenzioso, che contribuire alla definitiva crisi della giustizia civile.

Viene altresì rilevato come non si possa ritenere che il convenuto – a differenza di quanto sancito dalla sentenza in parola – possa sempre sottrarsi all'abuso del processo mediante domanda di accertamento negativo dell'intero credito per una serie di ragioni: ben potrebbe darsi che l'attore non abbia vantato – fuori del processo – ulteriori pretese rispetto a quelle fatte valere dinanzi al giudice e, in questo caso, il convenuto risulterebbe privo d'interesse ad agire rispetto ad una domanda di accertamento negativo di più ampia portata.

Né potrebbero valere le altre argomentazioni addotte dalla Corte: non quello secondo cui il debitore potrebbe ricorrere alla *mora credendi* offrendo l'intera somma (d'altra parte la stessa Corte considera questa soluzione impraticabile laddove il debitore ritenga di non essere tale); né quello della presunta necessità di assicurare al creditore la possibilità di ottenere – mediante la reiterazione d'iniziative – l'adempimento spontaneo (soluzione, anche questa, che non tiene conto dell'ipotesi in cui la pretesa dell'attore sia infondata).

La pronuncia delle Sezioni Unite derogherebbe, inoltre, sia al principio di concentrazione posto dall'art.277, comma 1, c.p.c., sia alla *ratio* che informa il secondo comma della stessa norma, nonché all'ammissibilità di condanna generica.

In questi casi sarebbe infatti l'interesse oggettivo della parte, che andrebbe ovviamente verificato in concreto (si pensi all'opportunità di provvedere all'iscrizione di ipoteca giudiziale, secondo quanto espressamente previsto

difendersi in tutte le sedi (in particolare, sotto il profilo della necessità di fare fronte ai relativi costi). E

dall'art.2818 c.c.), senza pregiudizio delle esigenze di economia processuale, a giustificare la deroga legislativamente prevista al principio della concentrazione.

Per quanto attiene, infine, alla possibilità per il creditore – anch'essa addotta dalla Suprema Corte – di formulare domanda di corresponsione degli interessi di mora (art.1224, comma 1, c.c.) riservandosi di agire in un giudizio successivo per la condanna al pagamento del maggior danno (art.1224, comma 2, c.c.), secondo la teoria di cui si discorre, si tratterebbe di due distinte forme di risarcimento che, pur riferite allo stesso inadempimento, sottenderebbero *causae petendi* diverse, importando indagini distinte e risultando, pertanto, autonome.

Le medesime considerazioni, peraltro, dovrebbero valere a proposito del differimento di domande relative a diverse voci di danno, pur riferibili al medesimo evento dannoso¹⁹⁹.

Quanto alle soluzioni prospettate, viene ritenuto che la sanzione dell'inammissibilità non parrebbe adeguata: non soltanto per la necessità, in generale, ch'essa debba essere espressamente comminata dalla legge; ma, soprattutto, sul rilievo che l'ordinamento ricollega tale misura a vizi che non riguardano il contenuto dell'atto, ma i suoi presupposti o la forma, sia che concerna domande, istanze o impugnazioni.

Parrebbe allora preferibile, secondo questa ricostruzione, ricorrere alla nullità dell'atto di citazione per difetto di completa indicazione del *petitum* (incompletezza rilevabile dal tenore della pur necessaria *causa petendi* che regge l'intero): soluzione questa che attingerebbe il risultato – ancora una volta in ossequio al principio di

così anche la connessione, almeno ove vi sia identità soggettiva.

¹⁹⁹ MARENGO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto*, cit., 2271. Per l'A. sarebbero parimenti irrilevanti dei richiami agli artt.1181 e 1453 c.c. in virtù, soprattutto, della inapplicabilità dei principi di diritto sostanziale alla realtà processuale, rispetto alla quale i ruoli sono invertiti: nel processo sarebbe infatti il debitore ad avere interesse alla soluzione unica, giacché su di lui sarebbero destinate a gravare le conseguenze negative del frazionamento.

economia – di non imporre l’instaurazione di un nuovo giudizio, ben potendo il giudice estendere l’oggetto di quella pendente mediante l’ordine di integrazione di cui all’art.164, V, c.p.c.

7. – L’*overruling* del 2007 nel senso del frazionamento del credito come abuso del processo ostativo all’esame della domanda.

A sette anni di distanza dalla sentenza n.108 del 2000, che si era espressa nel senso dell’ammissibilità della domanda frazionata, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite è tornata sui suoi passi con la sentenza del 15 novembre 2007, n.23726, con la quale ha stabilito che il frazionamento della domanda, consistente nella proposizione di più domande giudiziali aventi fondamento nel medesimo credito unitario, è contrario alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all’art.2 Costituzione²⁰⁰, risolvendosi in un abuso del processo (ostativo all’esame della domanda)²⁰¹.

²⁰⁰ TROPEA, *L’abuso del processo amministrativo – Studio critico*, cit., 235 ss. Secondo l’A., qui si perviene ad estendere il principio di buona fede oggettiva in ambito processuale, come naturale esito di un articolato percorso, che ha visto altresì il sempre più diffuso impiego della clausola di buona fede nell’ambito del diritto pubblico. Il principio di buona fede in senso sostanziale è già stato esteso in via interpretativa al processo sia in Germania che nella giurisprudenza francese che ha ricondotto all’abuso atti dolosi o compiuti in mala fede. Ma è soprattutto nei paesi iberici e latinoamericani che la clausola di buona fede sembra avere, più di recente, particolare fortuna. In questi ordinamenti essa è stata talora enunciata espressamente in norme processuali. In questi contesti, peraltro, la dottrina ha altresì cercato di trovare basi di ordine costituzionale al principio di buona fede processuale, considerandolo una sorta di limite immanente del sistema, intrinseco all’esercizio del diritto fondamentale di difesa, ove esercitato in senso “antisociale”, e connesso così ai principi di tutela giurisdizionale effettiva, di difesa e di eguaglianza nel processo. Quanto all’Italia, resta aperto il problema del se nella “topografia del conflitto” occorra comprendere, accanto alla versione efficientista del giusto processo, discendente dal novellato art.111 Cost., quella moralizzatrice che, attraverso il rinvio all’art.2 Cost., tende a dare nuova linfa all’art.88 c.p.c., riguardante i doveri di lealtà e probità incombenti su parti e difensori. Ovvero, addirittura, ritenere possibile svincolare l’art.88 c.p.c. da una utilizzazione “endoprocessuale”, estendendolo anche agli atti introduttivi del

Il mutamento di orientamento è stato motivato in base al fatto che, nel frattempo, successivamente all'arresto del 2000, vi sarebbe stata un'evoluzione del quadro normativo in una duplice direzione, rappresentata, da un canto, nella sempre maggiore importanza attribuita alle regole della correttezza e buona fede, specifiche, in quanto tali, del più generale dovere di solidarietà imposto dall'art.2 Cost.; dall'altro nella costruzione della nozione di *giusto processo* come giusto

processo. Il dibattito è ancora aperto. Sempre in relazione al tema dell'art.88 c.p.c. ed al suo rapporto con l'abuso del processo, l'A. ha notato che tra le parti del processo, a differenza di quanto accade tra le parti del contratto, non corrono vincoli di fedeltà e di impegno di cooperazione nell'interesse altrui. Sicché, una condotta semplicemente inosservante dei doveri di lealtà e probità, non sarebbe qualificabile in termini di abuso del processo; mai comunque, da essa può scaturire una chiusura in rito del giudizio, ben potendo il comportamento menzognero, equivoco o reticente provenire proprio dalla parte vincitrice nel merito; il sistema sanzionatorio delle attività difensive contrastanti con i doveri di lealtà e probità si conchiude esattamente tra gli artt.88, comma 2, 89, comma 2, 92, 96 c.p.c., senza che vi sia la necessità di far ricorso a nozioni più ambiziose, quale quella di abuso del processo.

²⁰¹ Con la sentenza in esame le S.U. intervengono ancora una volta sulla delicata questione attinente alla frazionabilità in giudizio di un credito unitario. La vicenda che ha dato origine all'intervento giurisprudenziale in commento può essere così sinteticamente descritta: la società Alfa, creditrice di quattro distinte pretese nei confronti di Tizio, proponeva quattro ricorsi per ingiunzione di pagamento. Avverso tali decreti Tizio proponeva altrettante opposizioni, denunciando la contrarietà a buona fede e correttezza del comportamento assunto dalla società, la quale, pur potendo agire con un'unica ingiunzione per la totalità dei crediti vantati, aveva chiesto ed ottenuto un distinto decreto per ogni singola fattura non pagata. Il Giudice di Pace accoglieva le opposizioni proposte da Tizio e revocava i decreti opposti, condividendo la tesi della contrarietà al precetto di buona fede. Peraltro detto Giudice, da un lato, condannava, ancorché non in via monitoria, il debitore al pagamento dell'intero credito e, dall'altro, compensava le spese di lite in ragione della reciproca soccombenza. Avverso tali sentenze la società Alfa proponeva distinti ricorsi per Cassazione, sostenendo che il Giudice di Pace avrebbe errato nel ritenere contrario a buona fede e correttezza il frazionamento in una pluralità di domande di un unico credito pecuniario; denunciava, inoltre, la ricorrente che nel caso di specie non si trattava, comunque, di un'unica pretesa creditoria, ma di una pluralità di crediti distinti, in relazione ai quali erano state emesse altrettante fatture. La III Sezione della S.C., riuniti i ricorsi, e ritenendo necessaria una rivisitazione dell'indirizzo favorevole al frazionamento di una richiesta giudiziale di adempimento di una prestazione originariamente unica, trasmetteva gli atti al Primo Presidente, che assegnava la causa alle S.U., ritenendo di "*particolare importanza*" la questione "*se sia consentito al creditore chiedere giudizialmente l'adempimento frazionato di una prestazione originariamente unica, perché fondata sullo stesso rapporto*". All'uopo è opportuno sottolineare che le pronunce del Giudice di Pace sono state impugnate dalla società creditrice Alfa solo relativamente alle spese, per cui la questione di massima rileva esclusivamente sotto il profilo della compensazione delle spese di lite, e non anche, come peraltro hanno precisato le stesse S.U., in ordine "*alla statuizione di accoglimento, e di presupposta ammissibilità dell'esame delle domande di pagamento frazionate del credito*", relativamente alla quale il debitore non ha proposto impugnazione incidentale.

“risultato finale”, che tale non potrebbe essere, laddove frutto di abuso per esercizio dell’azione in forme eccedenti o devianti la tutela dell’interesse sostanziale.

Il tutto in un quadro generale inteso a valorizzare massimamente il principio della ragionevole durata del processo²⁰².

La sentenza prende le mosse dalla constatazione che, nella giurisprudenza dello stesso Supremo Collegio, si sarebbe giunti ad affermare che il criterio di buona fede deve essere utilizzato dal giudice per controllare, pure in senso modificativo o integrativo, l’assetto negoziale per garantire l’equilibrio fra i diversi interessi delle parti del rapporto obbligatorio; in particolar modo sarebbe emersa in maniera maggiormente incisiva che questo equilibrio debba essere conservato in ogni fase successiva, anche se giudiziale, dello stesso rapporto, non potendo, di conseguenza, essere alterato a tutto vantaggio del creditore²⁰³.

E proprio questa alterazione dell’equilibrio verrebbe a crearsi nell’ipotesi di parcellizzazione giudiziale del credito che, nell’ottica della sentenza del 2007, ha necessariamente un effetto pregiudizievole o anche solo peggiorativo della posizione del debitore.

Tanto per due ordini di motivi. Il primo collegato al “prolungamento del vincolo coattivo” dovuto al frazionamento della pretesa creditoria; il secondo riguardante l’aggravio delle spese e dell’onere di molteplici difese giudiziali a fronte della moltiplicazione delle iniziative giudiziarie.

Secondo l’interpretazione delle Sezioni Unite, nel citato *revirement*, del 2007 tale disequilibrio avrebbe rilievo indipendentemente dal fatto che il creditore non

²⁰² ASPRELLA, *Il frazionamento*, cit., 54-55

²⁰³ In questo senso Cass., S.U., 13 settembre 2005, n.12128, in *Giur. it.*, 2006, 12, 2279 e ss. con nota di GANDOLFI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 507 e ss. con nota di STEFINI; Cass. 24 settembre 1999, n.10511, in *Giur. it.*, 2000, 1154 e ss. con nota di GIOIA; Cass. 20 aprile 1994, n.3775, in *Foro amm.*, 1997, 414 e ss. Nel senso che debba essere conservato anche in fase giudiziale cfr. Cass. 7 giugno 2006, n.13345, in *Il civilista*, 2009, 11, 81 e ss. con nota di SCARPA.

abbia agito parcellizzando la domanda per uno scopo puramente emulativo, bensì anche nell'ipotesi in cui questi volesse utilizzare i vantaggi derivanti dalla instaurazione delle controversie dinanzi ad un giudice inferiore, vuoi per la maggiore celerità del procedimento, vuoi per le minori spese, confidando nello spontaneo adempimento del residuo da parte del debitore. Argomenti questi che erano contenuti nella sentenza n.108 del 2000 a suffragio, tra gli altri, dell'ammissibilità del frazionamento.

Ma la rilevanza attribuita ai criteri di correttezza e buona fede non sarebbe stato l'unico supporto per giustificare l'opinione che in caso di frazionamento sarebbe configurabile in via automatica un abuso del processo.

Come accennato precedentemente, a sostegno di questo automatismo militerebbe, secondo la Cassazione la circostanza che la parcellizzazione sarebbe di per sé in contrasto con il criterio costituzionale del *giusto processo*, anche in ragione del fatto che la disarticolazione del rapporto sostanziale unitario potrebbe creare la formazione di giudicati contraddittori da un punto di vista pratico.

Ma vi sarebbe ancora un elemento da prendere in considerazione per sostenere l'idea dell'abuso in ogni caso: la moltiplicazione dei giudizi relativi allo stesso credito avrebbe l'effetto ulteriore di incidere in senso negativo sull'altro principio costituzionalmente garantito della ragionevole durata del processo²⁰⁴.

Questa sentenza, giudicata, in ogni caso, piuttosto anodina da tutta quella parte della dottrina che l'ha presa in esame, ha aperto un serrato dibattito e dato vita ad opinioni discordanti sia per quel che concerne il discorso dell'ammissibilità o meno del frazionamento del credito in una pluralità di processi, sia, in questo secondo caso, in relazione alla sanzione da applicarsi.

²⁰⁴ ASPRELLA, *Il frazionamento*, cit., 55-57.

Drastico è il giudizio di chi ha ritenuto che la sentenza in commento potrebbe dispiegare una valenza quasi eversiva riguardo alla trattazione processuale di una molteplicità di istituti, ben al di là della questione della frazionabilità del credito, laddove la violazione della buona fede ed il conseguente abuso del processo non restassero confinati, come da tradizione nell'ambito, della responsabilità processuale aggravata, ma si estendessero alla valutazione di ammissibilità di singole domande o mezzi di difesa²⁰⁵.

Ciò in quanto, attraverso la valorizzazione sinergica dei principi di correttezza e buona fede e dell'abuso del processo, potrebbe trovare ingresso nel nostro ordinamento la teorica del *Verwirkung*, quale causa di perdita del diritto per suo mancato esercizio, autonoma ed anticipata rispetto al compimento del termine di prescrizione.

Viene evidenziato da questa teoria come la pronuncia che nega l'ammissibilità del frazionamento *tout court* pone sostanzialmente fine ad ogni possibilità di frammentazione del credito, sia esso di origine contrattuale, sia esso di fonte extracontrattuale, facendo in tale maniera venir meno ogni possibilità di riserva di azione, sostanzialmente ammessa dalla pronuncia del 2000, non solo con riferimento alla frammentazione dell'unico credito, ma anche con riguardo alla possibilità di scindere le diverse voci di danno afferenti ad un unico credito risarcitorio che la giurisprudenza normalmente ammetteva previa riserva di azione.

Ma, cosa ancora più grave, una siffatta interpretazione aprirebbe la strada addirittura al dubbio che – a fronte della accentuazione rimarcata dalla pronuncia circa la necessaria concentrazione della tutela processuale, onde realizzare l'obiettivo preminente della ragionevole durata del processo – possa finire con il “soccombere” anche la teorica giurisprudenziale che ammette la domanda di condanna generica c.d.

²⁰⁵ DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del*

“autonoma”, ossia limitata *ab initio* alla sola richiesta di statuizione sull’*an*, con riserva di liquidazione del *quantum* in altro e separato giudizio.

Quanto alle conseguenze processuali derivanti dalla predicata non ammissibilità del frazionamento viene premesso come la soluzione della pronuncia di rigetto in rito – in base alle regole generali – non avrebbe alcuna efficacia sui successivi processi, sicché l’attore potrebbe senz’altro agire nuovamente o per l’intero o frazionando ulteriormente il credito.

Viceversa, la soluzione del rigetto nel merito della prima domanda avrebbe, alla luce della tesi che propugna l’allineamento tra l’unicità del diritto e l’unicità del processo anche ai fini dei limiti oggettivi della cosa giudicata, effetto consumativo dell’intera situazione soggettiva e, pertanto, dell’intero credito pure rispetto alla parte non dedotta²⁰⁶.

Ebbene, in base all’idea riportata, la presa di posizione delle Sezioni Unite nel senso della “abusività sostanziale del frazionamento” non potrebbe avere altro effetto che quello di impedire una volta per tutte la proponibilità di una domanda ulteriore rispetto alla medesima situazione giuridica soggettiva, con consumazione dell’azione, mentre sarebbe legittima la prima domanda con la quale il creditore fa valere una singola porzione del credito²⁰⁷.

giudicato, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 338.

²⁰⁶ DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità*, cit., 343-344. L’A. afferma che il giudicato di merito formatosi sulla frazione del credito precluderebbe qualunque suo successivo esercizio, rimanendo il creditore a sua volta irrimediabilmente “astretto” alla quantificazione della propria unitaria situazione sostanziale avvenuta nel processo – necessariamente unico ed irripetibile – in cui se ne è discusso.

²⁰⁷ DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità* cit., 344. Secondo l’A. è evidente che questa sentenza, negando *in adiecto* qualunque possibilità di agire parziale, pare negli esiti avallare appieno la seconda e più radicale delle posizioni. L’inammissibilità che “colpisce” il creditore che abbia abusato dello strumento processuale nel frazionare la domanda, non sarebbe dunque frutto del difetto d’interesse ad agire in quel contesto o in quel modo, bensì discenderebbe direttamente dalla forza vincolante del primo giudicato: ed infatti l’abusività sostanziale del frazionamento non potrebbe che ripercuotersi, per un verso, nella impossibilità definitiva di una nuova domanda relativa alla medesima situazione sostanziale (che pertanto resterebbe “consumata” all’atto della sua prima ed unica ammissibile deduzione in giudizio); per altro verso, ed a monte, nella legittimità *in ogni caso* della prima domanda,

Del pari critica nei confronti della statuizione in esame è quella teoria che traccia le premesse in ciò: necessità di stabilire se, secondo la Suprema Corte, la norma di riconoscimento della buona fede sia da rinvenire nel Codice civile, salvo, poi, adoperarne la correlazione con il testo costituzionale, ovvero se essa risieda in quest'ultimo, rimanendo, così, assorbita, o conformata di conseguenza, la fonte concorrente codicistica²⁰⁸.

Nell'apparenza che tale questione venga risolta nel primo senso, questo aspetto interpretativo della sentenza, porrebbe in ogni caso ulteriori problemi.

Il primo relativo alla specificazione del rapporto in cui, nell'arresto in esame, la buona fede in senso oggettivo si pone con l'obbligo della solidarietà di cui all'art.2 Cost.²⁰⁹

L'altro concernente l'esercizio del diritto di credito, trattandosi di accertare se la sua attivazione parziale sia senz'altro da considerare pregiudizievole per il debitore, nel senso di aggravarne, senza adeguato motivo, la posizione di sofferenza,

tramite la quale – qualunque sia la parte azionata rispetto all'intero – il creditore avvia il proprio diritto al vaglio giurisdizionale con modalità e con una quantificazione che, per l'effetto "isolante" del *ne bis in idem*, risulterebbero non più reversibili.

²⁰⁸ DONATI, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito (ancora intorno a Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n.23726)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 347 e ss.

²⁰⁹ DONATI, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito*, cit., 349 L'A., analizzando la sentenza, avanza alcune perplessità sulla circostanza che la buona fede non sia quella prevista dal Codice civile, ma costituisca, piuttosto, una specificazione della solidarietà costituzionale. In questo senso, la Suprema Corte sembra presupporre l'accoglimento della teoria che sostiene l'esistenza di un diritto privato costituzionale distinto da quello codicistico, il primo informato al primato della solidarietà, il secondo alla preminenza del diritto soggettivo, il primo, capace, in ragione della sua posizione sovraordinata, di conformare di conseguenza il secondo. In effetti, il fatto che nella sentenza si consideri senz'altro illegittimo l'esercizio parziale del credito in quanto ritenuto vessatorio nei confronti del debitore, il fatto che le norme sulla buona fede in senso oggettivo, in particolare l'art.1175 c.c., non vengano mai menzionate, indurrebbe a pensare che la Cassazione abbia applicato la solidarietà costituzionale. Tuttavia, sostiene l'A., poiché al riguardo la sentenza non è esplicita, potrebbe del pari assumersi che essa abbia operato con il concetto di buona fede riscontrabile nel Codice civile e che la sua considerazione nei termini della solidarietà costituzionale non abbia avuto altro scopo se non quello di attribuirgli il rango di clausola generale, di delegittimare la dottrina che fa di esso una mera clausola di stile, una formula meramente riassuntiva delle singole fattispecie in cui la buona fede viene in considerazione con valore normativo.

in contrasto, quindi, con i due principi della buona fede in senso oggettivo e del “giusto processo”.

La Suprema Corte ha sostenuto che l'esercizio parziale del credito si risolverebbe senz'altro in un abuso del diritto, in un aggravio ingiustificato della posizione debitoria, nella violazione, pertanto, del dovere di correttezza e di buona fede in senso oggettivo²¹⁰. Ma ciò, per Donati, non appare del tutto convincente²¹¹.

²¹⁰ DONATI, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito*, cit., 359 e ss. Viene rammentato nella teoria in esame che il *favor debitoris* deve essere rettamente riguardato e che, di certo, il rapporto obbligatorio non può essere inteso, alla maniera della Pandettistica, come signoria (“*Willensherrschaft*”, “*Willensmacht*”, “*Rechtsmacht*”, “*Machtverhältnis*”) del creditore sul debitore, come struttura oppressiva in contrasto, in qualche modo, con il principio di uguaglianza. Viene altresì ricordato però che la *reductio ad unitatem* della molteplicità dei fatti posti come fonti del rapporto obbligatorio si realizza considerando che l'elemento che li accomuna è costituito da una legittima, o illegittima, diminuzione nel patrimonio di un soggetto, giuridicamente relazionata ad un altro soggetto. È in virtù di essa che il primo diviene creditore e il secondo debitore. Questa diminuzione patrimoniale può derivare da un fatto lecito, ad es., da un contratto in cui l'adempimento della controprestazione sia differito nel tempo, ovvero da un fatto illecito, contrattuale od extracontrattuale; in ogni caso essa è il *prius* che giustifica l'insorgenza del debito e, correlativamente, del credito. Da ciò si evincerebbe che, a ben vedere, non sarebbe il debitore ad essere limitato nella sua libertà, ma il creditore, il cui diritto, infatti, nasce dal restringimento della propria sfera soggettiva, di talché la *solutio satisfactoria* dell'obbligazione ripristinerebbe l'uguaglianza originariamente esistente tra i due soggetti, liberando il creditore dalla sua posizione di subordinazione nei riguardi del debitore. Secondo tale opinione, dunque, il *favor debitoris* dovrebbe, dunque, essere coniugato con il *favor creditoris* e ciò secondo due modalità. Alla stregua della prima, per un verso, si dovrebbe consentire, per quanto possibile, ogni facilitazione nella realizzazione dell'adempimento, vale a dire, nel fare venire meno la situazione di impoverimento indotta nella sfera giuridica del creditore; per altro verso gli si dovrebbe impedire l'adempimento formalistico. Alla stregua della seconda si dovrebbe impedire al creditore l'abuso del suo diritto. E la realizzazione dell'una e dell'altra di queste modalità sarebbe resa possibile dalla buona fede in senso oggettivo. Si avrebbe in questo modo, la contestuale realizzazione sia del *favor debitoris* che del *favor creditoris* e il ripristino della loro uguaglianza.

²¹¹ DONATI, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito*, cit., 361. Questi ha osservato che un conto è il diritto, un conto è l'abuso del suo esercizio. E dal fatto che tale esercizio debba intendersi vietato non seguirebbe comunque la caducazione del primo, giacché l'abuso lo lascerebbe sussistere. Infatti, intanto si può abusare di un diritto, in quanto quest'ultimo esista e se ne sia, ovviamente titolari. In altre parole l'abuso non sarebbe una fattispecie estintiva del diritto, ma limitativa del suo esercizio. Conseguentemente, per Donati, una cosa sarebbe l'esercizio parziale delle ragioni creditorie, altro il suo abuso. La presenza di quest'ultimo non solo non delegittimerebbe il primo, ma ne presupporrebbe la necessaria esistenza.

Peraltro le motivazioni addotte in sentenza non sarebbero in grado di dimostrare tale assunto. In generale, viene osservato, che i diritti soggettivi sono, di regola, suscettibili di esercizio parziale.

Un diritto, normalmente, pur conservando la propria unitarietà, è suscettibile di diverse modalità di godimento, giuridicamente qualificate come facoltà.

Solo un diritto che non ammettesse che una sola modalità di godimento, consentirebbe di affermare la coincidenza tra la sua esistenza ed il suo esercizio.

Quando, dunque, le modalità sono diverse, esse si traducono in altrettante facoltà giuridiche, il cui esercizio del pari si traduce in altrettante fattispecie giuridiche.

La capacità posseduta dal diritto soggettivo di specificarsi in facoltà separate di godimento, non sarebbe tuttavia assoluta, incontrando il limite costituito dal divieto del suo abuso, ovvero, incontrando il limite imposto dal principio che prescrive il comportamento secondo buona fede in senso oggettivo. Pertanto, non tutte le facoltà verrebbero in considerazione, ma solo quelle conformi a tale criterio di comportamento.

Altrettanto, viene affermato, dovrebbe concludersi per il diritto di credito, talché, tra le sue modalità di godimento non potrebbe non essere ricompresa anche quella relativa al suo esercizio parziale.

Quest'ultimo risponderebbe ad un interesse legittimo del creditore, consistente nella possibilità di adire un giudice inferiore rispetto a quello che sarebbe stato competente dell'intero credito, acquisendo così il vantaggio di una procedura più snella; consistente nella possibilità di recuperare un importo minore piuttosto che correre il rischio di non percepire nulla; consistente nella volontà di non gravare *ultra vires* il debitore consentendogli di riprendersi, ovvero, pensando ad una successiva

remissione del residuo dovuto o alla possibilità di maturazione delle condizioni richieste per una compensazione; etc.

Viene aggiunto, peraltro, che tale esercizio parziale non solo non contraddirebbe l'interesse del debitore, ma, viceversa, lo favorirebbe sia in quanto ne comporterebbe una esposizione minore, sia in quanto gli offrirebbe la possibilità di migliorare la propria posizione futura.

D'altra parte, secondo l'opinione di Donati, la facoltà di procedere all'esercizio parziale del diritto di credito beneficerebbe anche di un fondamento normativo, con riferimento all'art.1181 c.c. che disciplina la fattispecie costituita dall'adempimento parziale del debito. Tale adempimento, quando abbia luogo, si risolve, necessariamente, nell'esercizio parziale del diritto di credito.

Ad identiche conclusioni, viene sostenuto, potrebbe giungersi argomentando *a contrario* dall'art.1292 c.c. per cui il creditore può chiedere al singolo condebitore l'intera prestazione, ma può anche scegliere di esercitare parzialmente il proprio credito, corrispondentemente alla quota dallo stesso dovuta.

Ciò premesso viene asserito che, comunque, come di ogni diritto, anche di tale esercizio è possibile l'abuso, l'esercizio contrario alla buona fede in senso oggettivo. Ma ciò dovrebbe risultare da specifiche circostanze che, viceversa, sarebbero del tutto assenti nella questione sfociata nella sentenza delle Sezioni Unite del 2007.

Si fa notare che il prolungamento del vincolo coattivo patito dal debitore in presenza del frazionamento del credito, ritenuto sussistente dalla Cassazione, sarebbe imputabile esclusivamente all'inadempimento del debitore, non già al contegno del creditore.

Analogamente, in relazione all'asserito peggioramento, da parte della Corte, della condizione del debitore sotto il profilo dell'aggravio di spese e dell'onere di

molteplici opposizioni a fronte della moltiplicazione di iniziative giudiziarie, sarebbe agevole obiettare che l'esercizio parziale del credito importa pur sempre che il giudice, se richiesto dal debitore, debba decidere sull'*an debeatur* dell'intero debito.

Cosicché la reiterazione, se e quando abbia luogo, non potrebbe più riguardare questo aspetto. E, laddove il creditore volesse esigere la rimanente parte del suo credito, si sarebbe in presenza della riproposizione di una nuova istanza di adempimento avente ad oggetto il *quantum* residuo, cui in nessun caso si potrebbe fare opposizione sul piano dell'*an debeatur*, in quanto questione già definita nel precedente giudizio²¹².

In conclusione la teoria prospettata milita in netto contrasto con la statuizione di cui alla sentenza n.23726 del 2007, in primo luogo in ragione della legittimità dell'esercizio parziale del credito, in quanto conforme alla natura del diritto soggettivo, perché previsto dagli artt.1181 e 1292 c.c., e poiché in nessun modo riscontrabile come contrario alla buona fede in senso oggettivo, con la sola eccezione che vi siano evidenti elementi che depongano in senso contrario.

L'art.1181 c.c. costituisce pure per Finessi il grimaldello per affrontare in chiave critica la sentenza della Corte, soprattutto per quel che concerne la facoltà per il creditore di parcellizzare la domanda in una pluralità di giudizi, propendendo per la soluzione dell'ammissibilità²¹³.

²¹² DONATI, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito*, cit., 363. Con ciò verrebbe altresì superata l'argomentazione della Corte volta a rilevare l' "ulteriore *vulnus*" che deriverebbe dalla formazione di giudicati praticamente contraddittori cui potrebbe dar luogo la pluralità di iniziative giudiziarie collegate allo stesso rapporto. Infatti, secondo l'A., la possibilità di giudicati contraddittori non potrebbe aversi, poiché uno solo è, e può essere, il giudicato sull'*an debeatur*, quello che si forma in seguito all'opposizione promossa dal debitore alle ragioni del creditore. D'altra parte, quando il frazionamento giudiziale sia contestuale, o sequenziale, ma senza che la causa, o le cause introdotte in precedenza siano state concluse con sentenza, si applicherebbe l'istituto della continenza di cui al secondo comma dell'art.39 c.p.c., di talché, anche per questa via, verrebbe esclusa la possibilità di giudicati contrastanti.

²¹³ FINESSI, *La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle sezioni unite*, in *NGCC*, 2008, 465. La disamina parte dal presupposto che la S.C. ha utilizzato l'art.1181 c.c. al fine di

Se ciò è vero, viene affermato, relativamente all'art.1181 c.c. merita senz'altro di essere condivisa l'affermazione secondo cui il riconoscimento del potere di rifiuto è espressione del principio di unitarietà del pagamento. Dovrebbe però, nel contempo, tenersi presente che l'esercizio di quel potere è rimesso ad una scelta discrezionale del creditore e, quindi, alla sussistenza di un suo interesse a ricevere l'adempimento in un'unica soluzione.

Nulla escluderebbe, pertanto, che, in relazione alle circostanze concrete, il creditore possa valutare come prevalente l'interesse a ricevere anche solo una parte della prestazione dovuta: e non vi sarebbe alcuna ragione per ammettere una tale valutazione solo nel caso in cui il debitore offra un pagamento parziale, in quanto siffatto interesse ben potrebbe manifestarsi anche in un momento anteriore, legittimando così il creditore a chiedere un adempimento parziale.

Tale interpretazione, per Finessi, consentirebbe di conciliare la regola dell'unitarietà dell'adempimento integrale con il principio del *favor creditoris* di cui sarebbe espressione l'art.1181 c.c.: in relazione alle circostanze concrete il creditore, potrebbe, secondo quest'ottica, chiedere, in mancanza di espresse disposizioni o principi generali contrari, un adempimento parziale.

giustificare l'idea dell'inammissibilità del frazionamento. Ha affermato la Cassazione che il riconoscimento in capo al creditore del potere di rifiutare un adempimento parziale è espressione del principio generale in base al quale la prestazione deve essere adempiuta in un'unica soluzione, e non può essere discrezionalmente frazionata, salvo che la legge o gli usi dispongano diversamente. Il frazionamento di una prestazione originariamente unica rappresenta, dunque, un'eccezione, e deve essere pertanto oggetto di una specifica previsione legislativa, che riconosca la sussistenza di un interesse apprezzabile di una delle due parti, tale da giustificare l'operatività della deroga: ciò è quanto accadrebbe, ad esempio nelle ipotesi contemplate dagli artt.277 e 278 c.p.c. Ma, in particolare su questo punto, l'A. obietta trattarsi di un ragionamento fuorviante in quanto i succitati articoli del Codice di rito si riferiscono ad ipotesi in cui il frazionamento è operato dal giudice nell'ambito di un procedimento instaurato per ottenere l'adempimento integrale, mentre la questione su cui è intervenuta la S.C. riguarda l'ammissibilità *ex latere creditoris* di proporre una pluralità di domande parziali relativamente ad un credito derivante da fonte unitaria, instaurando così altrettanti distinti giudizi.

La soluzione favorevole al riconoscimento del potere del creditore di esercitare solo in parte il proprio diritto, sarebbe, in base alla teoria di cui si discetta, ulteriormente suffragata dalla presenza, nel nostro sistema giuridico, di vari strumenti di cui il soggetto passivo potrebbe avvalersi per evitare le conseguenze economiche negative connesse all'eventuale frazionamento della pretesa di parte attrice²¹⁴.

Ebbene, secondo questa teoria, per molti versi vicina al superato orientamento della Cassazione del 2000, l'individuazione, da un lato, di una serie di vantaggi che possono certamente agevolare la posizione creditoria, e, dall'altro, l'operatività di diversi strumenti, sia sul piano processuale che sostanziale, che consentirebbero di soddisfare l'esigenza di tutelare il debitore contro le conseguenze economiche provocate dall'obbligo di frazionare l'adempimento, offrirebbero un valido argomento per riconoscere la legittimità di una richiesta giudiziale di adempimento parziale: una soluzione che non si risolverebbe in un mero riconoscimento del potere in capo al creditore di modificare, durante la fase esecutiva del vincolo, o in sede di eventuale giudizio ad esso relativo, le modalità di adempimento della obbligazione – il che difficilmente potrebbe sottrarsi ad un giudizio di contrarietà a buona fede –, ma rappresenterebbe l'esito di un ragionamento più articolato, in cui sono presi in

²¹⁴ FINESSI, *La frazionabilità (in giudizio) del credito*, cit., 464. L'A., come altri, si riferisce al fatto che il debitore potrebbe evitare qualsiasi aggravio offrendo di eseguire l'intera prestazione e, in caso di illegittimo rifiuto, mettendo in mora il creditore; potrebbe, inoltre, proporre una domanda riconvenzionale di accertamento negativo riguardante l'intero credito. Per quanto concerne le spese processuali, poi, per l'A. occorre tenere presente la possibilità di far gravare sul creditore-attore quelle relative ai giudizi successivi al primo; potrebbe, infatti, in proposito, invocarsi l'art.92 c.p.c., attributivo al giudice del potere di escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice qualora ritenute *eccessive* o *superflue*, del potere di condannare, indipendentemente dalla soccombenza, una parte (*rectius* il creditore) al rimborso delle spese causate dalla controparte per violazione dei doveri di correttezza e lealtà di cui all'art.88 c.p.c., nonché del potere di compensare per intero, o anche solo parzialmente, le spese tra le parti quando ritenga che sussistano *giusti motivi*.

considerazione e coordinati i contrapposti interessi in gioco, nel rispetto dell'equilibrio negoziale a garanzia del quale opera la clausola di buona fede²¹⁵.

Il canone della buona fede che presiede all'esecuzione del contratto e il giusto processo come capisaldi sui quali poggia la decisione di cui si sta discorrendo, in quanto ciascuno di essi sarebbe di per sé suscettibile di sorreggere l'ostracismo al frazionamento giudiziale di un credito unitario, sono stati messi all'indice anche da chi ritiene che il frettoloso accenno delle Sezioni Unite all'art.88 c.p.c. risulterebbe molto poco soddisfacente, non foss'altro perché la norma, secondo l'interpretazione comunemente ricevuta, inquadrebbe il comportamento sleale tenuto in giudizio, risultando inapplicabile a quelli verificatisi prima o fuori dal processo.

Al di là, quindi, delle discutibili tecniche di contenimento del numero dei processi, adottato da questo filone giurisprudenziale, parrebbe doversi ricondurre l'illecito svolgimento di attività processuale al parametro della responsabilità aggravata di cui all'art.96 c.p.c.²¹⁶

Proseguendo il discorso sul crinale dell'importanza dei principi di correttezza e buona fede circa la tematica dell'ammissibilità o meno della domanda parcellizzata

²¹⁵ FINESSI, *La frazionabilità (in giudizio) del credito*, cit., 462 e ss. L'A., d'altra parte, osserva che la base del *revirement* delle S.U. in tema di ammissibilità di una richiesta parziale, rappresentato dalla convinzione che, successivamente all'arresto del 2000, si sarebbe assistito ad un mutamento del quadro normativo – che avrebbe determinato una sempre più accentuata e pervasiva valorizzazione della regola di correttezza e buona fede, quale puntuale applicazione degli inderogabili doveri di solidarietà la cui osservanza sarebbe imposta dall'art.2 Cost. – non tiene. L'A. sottolinea infatti che, se è indubbio che la richiesta di adempimento parziale *ex latere creditoris* dovrebbe essere vagliata alla luce del canone di correttezza, prendendosi atto che, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, tale regola andrebbe intesa come specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale previsti dall'art.2 Cost., dovrebbe altresì riconoscersi che le disposizioni invocate non hanno subito, rispetto alla loro formulazione originaria, modificazione alcuna. Né i giudici di legittimità avrebbero indicato nuovi dati normativi determinativi di una valorizzazione della regola della buona fede. Di mutamento, continua Finessi, potrebbe eventualmente discorrersi dal punto di vista interpretativo ed applicativo, di una maggiore valorizzazione della clausola della buona fede, ma relativamente alla tematica in esame non si sarebbero assolutamente registrate evoluzioni esegetiche tali da giustificare il nuovo principio di diritto enunciato nella decisione in commento.

di un credito unitario, non può non evidenziarsi come anche la dottrina sostanzialistica abbia provato a dare il proprio contributo.

Vi è infatti chi, come Rescigno, ha segnalato che la sentenza in questione si porrebbe sulla lungimirante scia di quella del 1997 che già aveva impostato in termini di abuso del diritto la condotta del creditore che frazionasse il proprio credito.

In questi termini viene evidenziato come l'unità del rapporto sostanziale dedotto in giudizio, da cui originavano le diverse frazioni del credito fatto valere, sarebbe stata, per le Sezioni Unite, ragione sufficiente, alla luce di una doverosa comparazione degli interessi, per ritenere prevalente e, pertanto, preferibile, l'interesse del debitore ad essere convenuto per l'intero debito, piuttosto che l'interesse del creditore a suddividere in più *tranches* la sua pretesa²¹⁷.

In questo frastagliato panorama di opinioni vi è poi chi²¹⁸, pur mostrandosi critico quanto alle premesse, condivide in parte le conclusioni cui è pervenuto il Supremo Collegio.

Questa teoria muove da considerazioni diverse rispetto a quelle che hanno costituito il nerbo della pronuncia del 2007.

In primo luogo, pur senza giungere a negare il rapporto di parentela tra le due branche del diritto, materiale e processuale, certamente legate, viceversa, da un alto grado di consanguineità²¹⁹, si arriva tuttavia a dire come la risposta al quesito circa la possibilità o meno di frazionare il credito in una pluralità di domande giudiziali non

²¹⁶ PALMIERI-PARDOLESI, *Frazionabilità del credito e buona fede inflessibile*, in *Foro it.*, 2008, 1516 e ss.

²¹⁷ RESCIGNO, *L'abuso del diritto (Una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*, in *Corr. giur.*, 2008, 745 e ss.

²¹⁸ COSSIGNANI, *Credito unitario, unica azione*, in *NGCC*, 2008, 466 e ss.

²¹⁹ COSSIGNANI, *Credito unitario, unica azione*, cit. 466-467. L'A. nota come, non a caso, siano stati frequenti i rimandi a concetti quali la buona fede, l'abuso del diritto e la correttezza, i quali, conati e sviluppati dalla scienza giuridica privatistica sono stati utilizzati più volte, nel caso di specie, per giustificare e sostenere l'esistenza di un divieto alla frazionabilità della domanda giudiziale in più

possa essere fornita scomodando le categorie privatistiche²²⁰ e che, all'incontro, la questione dovrebbe attenere esclusivamente al diritto processuale²²¹.

In altre parole, la parcellizzazione non dovrebbe confliggere, ancor prima che con la clausola di buona fede e della correttezza, con i principi processuali di natura inderogabile. Ed il riferimento condurrebbe ai criteri individuatori della domanda ed ai limiti oggettivi del giudicato, intesi nella loro reciproca relazione, intessuta dalla regola per la quale il giudicato copre, oltre al dedotto, anche il deducibile²²².

Alla luce di quanto detto, pertanto, il creditore che agisse solo per una porzione del proprio credito, senza peraltro effettuare alcuna riserva di futura azione, si esporrebbe, in un giudizio successivo, all'eccezione di cosa giudicata; se invece frazionasse il credito riservandosi altresì una futura azione, allora sarebbe compito

processi, mostrando, in tal maniera, come l'osmosi tra diritto privato e processo sia quanto mai evidente.

²²⁰ COSSIGNANI, *Credito unitario, unica azione*, cit. 468 e ss. L'A. nega la validità del richiamo all'art.1181 c.c. che sarebbe norma dettata a tutela del debitore consentendone la parziale liberazione quando il creditore non intenda esercitare la facoltà di rifiutare; né, sempre da un punto di vista sostanziale, sarebbe sufficiente il richiamo ai principi di correttezza e buona fede atteso che gli stessi semmai inducono a ripensare il tema del dolo generale, ma in una prospettiva futura, *de jure condendo*.

²²¹ COSSIGNANI, *Credito unitario, unica azione*, cit. 468 e ss. A questo proposito, però, non sarebbe rilevante per l'A. il richiamo all'art.278 c.p.c., in quanto applicabile soltanto alla fattispecie di una pluralità di decisioni rispetto ad un unico procedimento instaurato dalla parte; né rileverebbe il richiamo alla disciplina delle spese processuali di cui al secondo comma dell'art.92 c.p.c., atteso che il frazionamento, ove illegittimo, dovrebbe essere senza dubbio respinto; ove ammissibile non troverebbe spazio applicativo la disciplina delle spese.

²²² COSSIGNANI, *Credito unitario, unica azione*, cit. 467. L'A., inoltre non è affatto convinto circa la sanzione dell'inammissibilità della domanda in quanto, pur rappresentando una sanzione di carattere processuale, per come intesa e per la sua natura necessiterebbe di una giustificazione che avesse la medesima origine, non già origine sostanziale, come la correttezza e la buona fede. Tali premesse di stampo meramente sostanziale, infatti, potrebbero solo concedere al debitore vessato la possibilità di ottenere la condanna dell'attore per responsabilità aggravata *ex* art.96 c.p.c., oppure, guardando alla situazione come ad una violazione di un diritto soggettivo del debitore, la proponibilità di un'autonoma azione di risarcimento. Secondo l'A., quindi, la motivazione formulata dalla Corte risulterebbe deficitaria, perché avrebbe costruito la pronuncia di inammissibilità sulla sabbia, in dispregio dell'esistenza di altri e più congrui sostegni di natura processuale.

del giudice, reso edotto dell'inefficacia della riserva, ordinargli l'integrazione del *petitum* così evitando la consumazione dell'azione per la parte restante del credito.

La posizione di Ronco prende invece le mosse dall'idea per cui, in un momento nel quale l'amministrazione della giustizia fatica – e spesso non riesce – a soddisfare con adeguata rapidità il diritto d'azione, non ci si possa permettere che di questo diritto sia fatto un uso che rallenti ulteriormente il funzionamento della macchina processuale: non si tratterebbe cioè soltanto di evitare abusi dannosi per il convenuto quanto di scoraggiare iniziative che rischierebbero di essere pregiudizievoli per l'intera classe dei fruitori, attuali o potenziali, del servizio giustizia²²³.

Quella del Supremo Collegio sarebbe, dunque, una pronuncia scaturente da un'opzione tra differenti valori dell'ordinamento e non dovrebbe potersi negare che ad essa sia sottesa una valutazione *lato sensu* di politica del diritto: ciò in specie se si tiene conto che, almeno sullo sfondo, dovrebbe scorgersi il confronto tra alcuni principi di carattere generale, e così *in primis* quello di disposizione dell'azione e quello di economia processuale²²⁴.

Per Ronco sarebbe questo il cuore argomentativo della sentenza con cui le Sezioni Unite – a distanza di più di sette anni dal loro precedente intervento in materia – hanno affermato il principio per cui al creditore non è consentito frazionare

²²³ RONCO, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*, in *Giur. it.*, 2008, 931 e ss.

²²⁴ DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il "ripensamento" delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 349 e ss. Per l'A. un così netto *revirement* sarebbe il frutto di una valutazione complessiva del problema (la Corte parla infatti della necessità di "rimeditare" la precedente soluzione), sollecitata dal mutamento della temperie culturale intervenuto negli ultimi anni. Si tratterebbe, in effetti, di un atteggiamento assiologico del tutto diverso.

in distinti processi una domanda che sarebbe veicolabile in uno soltanto; principio, per Ronco, eticamente ben caratterizzato, nonché condivisibile²²⁵.

Ciò premesso, se si volesse – come si dovrebbe –, secondo la prospettata teoria, trascendere la visione meramente dispositiva o privatistica del processo civile ed arginare quegli usi distorti che recano danno (quantomeno un danno da lentezza) al sistema giustizia nel suo complesso, la mera compensazione delle spese a danno del frazionante potrebbe non apparire sufficiente. Così come eccessiva (e difficilmente ricostruibile sul terreno dei vincoli oggettivi del giudicato) potrebbe ritenersi l'idea che – domandata una sola frazione di un *petitum* fondato su un'unica *causa petendi* o formulata su *causae petendi* che presentano elementi comuni – l'attore consumi irrimediabilmente il suo diritto d'azione, con la conseguenza che le successive domande sarebbero inammissibili e, come tali, inidonee ad attingere provvedimenti di merito. Eccessivo, quest'ultimo rimedio, in quanto per il suo mezzo si frustrerebbe *ex post* una via tattica che il creditore potrebbe avere attivato senza sufficiente coscienza del pregiudizio da consumazione.

²²⁵ Nello stesso senso anche CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità alla giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2008, 1525. Per l'A. in relazione all'eterno ed ubiquo valore del giusto processo, fondamentali sarebbero le valutazioni di efficienza che sono per definizione diverse da un ordinamento all'altro, e diverse all'interno dello stesso ordinamento nel corso del tempo. Tali valutazioni deriverebbero anche dalla interazione degli strumenti processuali (in questo caso: frazionabilità o meno del credito unitario) e lo stato delle risorse dell'amministrazione della giustizia in un certo ordinamento, in un dato momento storico. Ciò spiegherebbe anche il carattere di minore stabilità degli orientamenti giurisprudenziali che si appoggiano a questi concetti valvola, che mettono in comunicazione l'assetto degli strumenti previsti nel singolo processo con la gestione dell'insieme dei processi. In altri termini: non sarebbe la valorizzazione della regola della correttezza e della buona fede ad essere andata al galoppo, nei sette anni successivi alla sentenza del 2000, bensì la crisi della giustizia civile. Certo, osserva l'A., non potrebbe essere il divieto assoluto della frazionabilità giudiziale di un credito unitario a costituire la panacea di tutti i mali della nostra giustizia civile, ma tale divieto, lungi dall'essere considerato come la fulminazione sulla via di Damasco capace di portare al giusto processo, sarebbe piuttosto, e più modestamente, una restrizione provvisoria e rivedibile, in quanto imposta dall'emergenza. Niente di dogmaticamente sconvolgente, pertanto – nota l'A. –, sarebbe da rinvenirsi in tutto ciò, se non la percezione che questi concetti ponte tra il discorso sul singolo processo e il discorso sull'insieme dei processi, come il principio di

La sanzione prevista non sarebbe neppure giustificabile sull'art.2909 c.c., in quanto la valenza *contra actorem* della cosa giudicata è tradizionalmente volta ad evitare che l'accertamento (negativo) resista all'allegazione di nuovi fatti o nuove ragioni a suffragio dell'ordinaria pretesa (respinta); e non ad impedire che possano essere accolte pretese diverse (da quella già riconosciuta fondata) o parti diverse della stessa pretesa (già accolta in una sua frazione).

La misura più appropriata, viene sostenuto da questo orientamento dottrinario, dovrebbe essere di natura preventiva, volta a fermare la prima possibile azione che si ritenga inammissibilmente frantumata. Già in occasione del primo processo, il giudice che si avvedesse della circostanza, dovrebbe quindi, in ogni caso rendere edotto l'attore dell'anomalia, con segnalazione – ai sensi dell'ultima parte del quarto comma dell'art.183 c.p.c. – della questione e con domanda all'attore medesimo per quali ragioni egli non abbia formulato la domanda in tutta la sua estensione possibile. E qualora non dovesse ricevere una sufficiente ragione della limitazione, non potrebbe fare altro che chiudere il processo con una pronuncia di mero rito, opinando che il fondamento normativo potrebbe essere forse rintracciato nell'art.100 c.p.c., intendendosi l'interesse ad agire non come mera utilità del provvedimento rispetto allo stato della situazione giuridica dedotta, ma come completezza di utilità, nel senso che tale provvedimento possa essere idoneo a dare a quella situazione le utilità pretendibili²²⁶.

Viene aggiunto a corollario che, tuttavia, l'estensione del *petitum* – inalterati i fatti costituendo la *causa petendi* – dovrebbe passare come semplice modificazione e precisazione della domanda e, se effettuata nelle dovute scansioni della trattazione, potrebbe condurre ad una pronuncia di merito. Mentre la sentenza di mero rito, non

proporzionalità, sarebbero recettori all'interno del sistema del carattere variabile e transeunte delle condizioni per mezzo delle quali si amministra la giustizia.

²²⁶ Tanto in analogia a GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit.

preceduta dalla segnalazione della questione da parte del giudice, dovrebbe ritenersi viziata (e riformabile, quindi, in sede di impugnazione) solamente nei casi in cui una tempestiva segnalazione del *thema* avrebbe potuto consentire all'attore di correggere il tiro endoprocessualmente.

Torna sull'argomento del giudicato, in chiave critica, Graziosi²²⁷ per il quale una cosa è affermare (giustamente) che la *potestas agendi* è configurata nel nostro ordinamento in modo tale da attribuire all'attore la sola ed esclusiva facoltà di dedurre in giudizio per intero il diritto di cui si chiede la tutela giurisdizionale; altra e diversa cosa è affermare che se si fa un uso processualmente illegittimo del diritto di azione e si deduce in causa solo una parte del credito, non sia più possibile, per via dell'effetto preclusivo del giudicato, far valere la parte residua di quel medesimo credito in un diverso processo (successivo o contestuale).

Infatti, viene detto, se la prima affermazione è direttamente desumibile dal principio per cui il giudicato copre dedotto e deducibile, lo stesso non può valere per la seconda.

Anzi, per Graziosi, a ben vedere, tale ultimo assioma, sul piano strettamente logico, dovrebbe condurre alla conclusione esattamente opposta, giacché se è vero che il giudicato automaticamente si estende al dedotto e al deducibile, e se è vero che la parte del diritto non dedotta in causa avrebbe comunque potuto essere dedotta, ossia era deducibile, la conseguenza logicamente più plausibile dovrebbe essere,

²²⁷ GRAZIOSI, *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?*, in *Corr. giur.*, 2009, 1139. A parere di Graziosi si può anche essere d'accordo con l'opinione delle Sezioni Unite per cui il frazionamento sarebbe una modalità quasi automatica di abuso del processo perché essa si concreta in un esercizio del diritto di agire in giudizio "distorto" perché effettuato al di fuori dei suoi fini istituzionali. Non sarebbe, viceversa, convincente il postulato per cui l'abuso del processo effettuato per il tramite del frazionamento della domanda sarebbe in contrasto con la norma costituzionale del giusto processo e per questo motivo ostativo all'esame del merito: tale richiamo, a parere dell'A., non sarebbe idoneo né a giustificare l'eventuale riserva da parte dell'attore di agire per il residuo, né, tantomeno, a risolvere il problema delle conseguenze da ricollegare al

invero, che in caso di giudicato positivo, l'accertamento in esso contenuto si estende (automaticamente) anche alla parte di diritto non dedotta in causa, rendendo anch'essa (*recte* l'esistenza di essa) incontrovertibile, non che tale frazione del diritto rimanga esclusa dall'autorità di giudicato (positivo).

Per convincersene, viene osservato, basta riflettere sull'ipotesi inversa, ossia sul giudicato negativo: accertata con sentenza passata in giudicato l'inesistenza di una sola parte di un diritto di credito, nessuno dubiterebbe che l'efficacia di tale giudicato negativo si estenda anche alla porzione del diritto non dedotta (precludendo la riproposizione della domanda), ossia, in pratica, che sia incontrovertibilmente accertata anche l'inesistenza della frazione di diritto che non è stata sottoposta alla cognizione del giudice.

E allora, quantomeno in termini squisitamente logici, lo stesso dovrebbe valere anche per il giudicato positivo, altrimenti si avrebbe l'effetto distorto e irrazionale per cui il giudicato parziale produrrebbe sulla parte di diritto non dedotta in causa identici effetti (preclusivi), di accertamento negativo, a prescindere dal fatto che esso sia di segno positivo o negativo.

Benché questa, in termini puramente logici, appaia certamente la ricostruzione più lineare del problema, aggiunge Graziosi, le conclusioni cui così si perverrebbe non potrebbero essere comunque recepite *de iure condito*, per la ragione che sarebbero in contrasto con il principio, altrettanto basilare, della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato: anche ad ammettere, in ipotesi, che l'attore in sede di precisazioni delle conclusioni possa circoscrivere l'oggetto del processo ad una sola parte del suo credito, di certo, in caso di sentenza a lui favorevole, non si potrebbe

frazionamento. Più convincente, a parere dell'A., sarebbe il passaggio che collega il divieto di frazionamento alla irragionevole durata del processo e al principio di economia processuale.

considerare positivamente coperto dal giudicato l'intero suo credito, poiché in tal modo, si violerebbe palesemente il categorico precetto sancito dall'art.112 c.p.c.²²⁸

Escludendo, dunque, che le conseguenze della frammentazione giudiziale dei crediti possano essere ricondotte *sic et simpliciter* all'automatica consumazione dell'azione con riguardo alla frazione del diritto soggettivo non ancora dedotta in causa, questa teoria ritiene che più convincente possa essere l'opinione di quell'altra dottrina che tende a valorizzare in termini esclusivamente endoprocessuali gli effetti della condotta dell'attore che aziona davanti al giudice una sola porzione del proprio credito. Ad avviso di Graziosi, tuttavia, non sarebbe tanto la carenza di interesse ad agire ad inficiare la validità di una domanda frazionata, quanto, piuttosto, l'impossibilità giuridica del *petitum* che con essa si deduce in causa.

Dire che è vietato scindere giudizialmente il proprio credito in quanto il giudicato deve coprire dedotto e deducibile equivarrebbe, in effetti, ad affermare l'impossibilità giuridica di una domanda avente ad oggetto una sola frazione del credito vantato dall'attore. In altri termini, con la domanda frazionata si dedurrebbe in giudizio una *res iudicanda* su cui il giudice non avrebbe il potere di giudicare, per cui essa sarebbe da considerare giuridicamente impossibile.

Da ciò, stante la carenza di una delle fondamentali condizioni dell'azione, discenderebbe la necessitata conseguenza della nullità assoluta, rilevabile in ogni

²²⁸ GRAZIOSI, *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?*, cit., 1139 e ss. In definitiva, secondo l'A., sarebbe ben difficile che dalla regola secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile possa desumersi una qualche preclusione da giudicato a carico di colui che ha azionato giudizialmente una sola frazione del proprio credito, se dovesse risultare vero che una rigorosa e logica applicazione di quella stessa regola condurrebbe, in assenza del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ad una conclusione del tutto antitetica. D'altra parte, la barriera del dedotto e deducibile, asserisce Graziosi, è stata concepita per operare essenzialmente nei confronti di colui a sfavore del quale si è formato il giudicato, affinché gli sia interdetta la possibilità di rimettere in discussione ciò che è stato deciso con sentenza definitiva. Se da questa regola, viene osservato, si pretendesse invece di ricavare una preclusione a carico della parte a favore della quale si è formato il giudicato, si rischierebbe di compiere una forzatura ermeneutica in attrito con la stessa *ratio* ispiratrice del limite del dedotto e deducibile.

stato e grado del processo, dell'atto introduttivo del giudizio con cui quella domanda è stata proposta²²⁹.

Sarebbe quindi la nullità (extraformale) dell'atto di citazione o del ricorso introduttivo del giudizio la sanzione da collegarsi all'esercizio frazionato del diritto di azione²³⁰.

A sbandierare ancora l'idea che la pronuncia in parola sarebbe originata dalla volontà di esercitare un'opzione tra diversi valori dell'ordinamento e che alla sua base vi siano soprattutto ragioni di politica del diritto è Dalla Massara²³¹, per il quale,

²²⁹ GRAZIOSI, *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?*, cit., 1146. Secondo l'A. a questa soluzione si perverrebbe anche in presenza della riserva di ulteriore azione per la parte di credito non dedotta nel primo giudizio: la riserva risulterebbe, infatti, inammissibile, non tanto perché in contrasto con i principi di buona fede e correttezza o con la norma costituzionale del giusto processo, ma perché essa sarebbe incompatibile con la necessità di conformare l'intera disciplina del processo al principio di economia processuale espressa dall'art.111 Cost. novellato, nella parte in cui prescrive che sia la legge a garantire ragionevole durata di ogni processo. L'A. nota pure che MARENGO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto*, cit., 2271, si pone su posizioni non dissimili sul versante della prospettata nullità della domanda. Tuttavia ritiene che non possa trattarsi di una nullità formale dell'atto introduttivo derivante da incompleta indicazione del *petitum*, come sostenuto, appunto, da Marengo, poiché, in realtà, nella domanda frazionata il *petitum* sarebbe compiutamente indicato dall'attore (sebbene dovrebbe trattarsi di un *petitum* giuridicamente impossibile), essendo con ciò assolto pienamente l'onere di identificazione dell'azione fissato a pena di nullità dagli artt.163 e 164 c.p.c.

²³⁰ D'altra parte, osserva l'A., questa sembrerebbe pure essere l'opzione prescelta dallo stesso legislatore che, all'art.20, commi 7 e 8, del D.L. n.112 del 2008, convertito in L. n.133 del 2008, ha previsto che “*a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, nei procedimenti relativi a controversie in materia di previdenza e assistenza sociale, a fronte di una pluralità di domande o di azioni esecutive che frazionano un credito relativo al medesimo rapporto, comprensivo delle somme eventualmente dovute per interessi, competenze e onorari e ogni altro accessorio, la riunificazione è disposta d'ufficio dal giudice ai sensi dell'art.151 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n.1368. In mancanza della riunificazione di cui al comma 7, l'improcedibilità delle domande successive alla prima è dichiarata dal giudice, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento. Analogamente, il giudice dichiara la nullità dei pignoramenti successivi al primo in caso di proposizione di più azioni esecutive in violazione del comma 7*”.

²³¹ DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il “ripensamento” delle Sezioni Unite*, in Riv. dir. civ., 2008, 345 e ss. L'A., prima di addentrarsi nella disamina della sentenza del 2007 non esita a sottolineare come, prima del brusco *overruling*, le pronunce di legittimità sembravano essersi pacificamente allineate alla posizione espressa dalle Sezioni Unite sette anni prima: in particolare, ritiene siano meritevoli di essere segnalate Cass. 23 novembre 2000, n.15138 e Cass. 5 luglio 2001, n.9090 – l'una e l'altra in *Resp. civ. e prev.*,

tra l'altro, come già evidenziato da altri succitati Autori²³², non sarebbe di per sé scontata l'idea di un'automatica estensione dei principi di buona fede e correttezza alla sfera processuale, né sarebbe chiarito quale possa essere il fondamento normativo su cui il convenuto potrebbe fare riferimento per sanzionare i comportamenti abusivi sotto l'aspetto squisitamente processuale.

La sentenza sarebbe manchevole, inoltre, per l'Autore, di una riflessione sui criteri di identificazione della domanda non frazionabile, rimanendo in tal maniera scoperto il campo dei crediti risarcitori, composti da diverse voci di danno, per le quali non è dato comprendere se vi possa essere o meno possibilità di azione autonoma.

In merito a tanto Dalla Massara ritiene che un cenno meriti la constatazione che, anche a fronte di un credito che si ritenga inscindibile, a una diversa forma di segmentazione si potrebbe comunque addivenire (argomentando *ex art.1262*, comma 2, c.c.) attraverso la sua cessione parziale: così, a seguito del trasferimento *pro quota* del titolo originariamente unitario, si otterrebbe l'effetto di una moltiplicazione delle domande potenzialmente esperibili, in questo caso non da uno solo ma da più creditori avverso il medesimo debitore (sempre senza il consenso di questi, come evincibile dall'*art.1260 c.c.*).

Per Dalla Massara, poi, per quel che concerne le conseguenze processuali, dovrebbe predicarsi il rigetto della sola domanda ulteriore, successiva alla prima, in quanto, argomentando diversamente, si correrebbe il rischio di avvalorare il rigetto

2001 1229 e ss. con nota di MURONI, *La rilevanza del frazionamento del "petitum" risarcitorio da sinistro stradale nel medesimo giudizio: un unico diritto all' "an" e più diritti al "quantum"?* –, con riferimento a crediti nascenti da responsabilità extracontrattuale, nonché Cass. 2 settembre, 2000, n.11520 – in *Giust. civ.*, 2001, 1, 159 e ss., con nota di TIZI, *Limiti oggettivi del giudicato e minima unità azionabile nel processo* –, Cass. 4 maggio 2005, n.9224 – in *Obblig. e contr.*, 2006, 526 e ss., con nota di MELONI CABRAS, *La frazionabilità della pretesa creditoria e la normalità del prezzo di vendita* –, entrambe, queste ultime, in tema di crediti *ex contractu*.

²³² Vedasi ad esempio COSSIGNANI, *Credito unitario, unica azione*, cit. 468 e ss.

della domanda proposta per il meno da chi ignorava di essere creditore per una somma maggiore o da chi fosse intenzionato a rimettere una parte del debito a tutto favore del convenuto.

Viene evidenziato però come la soluzione del rigetto a partire dalla seconda domanda possa essere praticabile solo *secundum eventum*, ossia soltanto nell'ipotesi di frazionamento sequenziale e non di frazionamento contestuale. In quest'ultimo caso, a ritenersi non ammissibile il frazionamento, la soluzione dovrebbe essere quella del rigetto di tutte le domande proposte rispetto allo stesso credito²³³.

7.1 – (Segue) Ricadute dell'*overruling* del 2007 sulla giurisprudenza successiva.

Come detto la giurisprudenza della Suprema Corte si è moltissime volte divisa su: frazionamento sì, frazionamento no. Ciò sino a giungere al sopra richiamato *overruling* del 2007 delle Sezioni Unite che hanno completamente ribaltato il precedente arresto del 2000, affermando categoricamente che, in ogni caso in cui un credito unitario sia frazionato e ne sia cercata tutela attraverso il ricorso a diverse azioni giudiziarie, sussiste, senza fallo, abuso del processo.

La sentenza del 2007 ha costituito quindi un caposaldo cui la successiva giurisprudenza si è generalmente conformata cosicché nei seguenti provvedimenti della Cassazione è stato più volte riaffermato il principio già espresso che il frazionamento giudiziale, contestuale o sequenziale, di un credito unitario

²³³ Ciò, con tutti i problemi che conseguirebbero alla diversificazione delle sorti della domanda a seconda che si tratti di frazionamento contestuale o successivo.

rappresenterebbe un abuso del processo perché contrario alla regola generale della buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art.2 Cost.²³⁴

Dal commento all'arresto n.24539 del 2009 si comprende come, *bypassando* l'aporia determinata dall'assenza di norme che disciplinano direttamente l'ipotesi del frazionamento, i giudici, anche questa volta, abbiano individuato come fondamento della statuizione i due principi già utilizzati dalle Sezioni Unite: in primo luogo la condotta rappresentata dal frazionamento verrebbe a collidere con il precetto di correttezza e buona fede, stimato in grado di governare quello stadio dell'esecuzione contrattuale, diretta ad ottenere l'adempimento coattivo, che si svolge in giudizio; in subordine, la Corte ha invocato il canone, ormai rivestito di dignità costituzionale, del giusto processo, alla stregua del quale sarebbe qualificabile come abusivo il contegno dell'attore che adoperi gli strumenti processuali offerti dall'ordinamento oltre i limiti consentiti dalla corretta tutela del proprio interesse sostanziale.

L'elemento di novità della sentenza in parola, secondo Bachelet, non starebbe quindi nei presupposti della decisione adottata dal Supremo Collegio, che, come detto, sono gli stessi di quelli utilizzati nel citato *revirement* del 2007, bensì nelle conseguenze processuali che si verificherebbero in ipotesi del genere, rappresentate dalla declaratoria di improponibilità delle domande giudiziali aventi ad oggetto frazioni dell'unitario diritto di credito²³⁵.

²³⁴ Cass. civ., 11 giugno 2008, n.15746, in *www.dejure.giuffre.it* e Cass. civ., 20 novembre 2009, n.24539, in *Giur. it.*, 2010, 2047 e ss. con nota di BACHELET, *La domanda parcellizzata: i devastanti riflessi sul sistema*.

²³⁵ BACHELET, *La domanda parcellizzata: i devastanti riflessi sul sistema*, cit. Secondo l'A. le Sezioni Unite del 2007 lascerebbero solo immaginare il tipo di sanzione riconnessa alla domanda parcellizzata, che sarebbero, poi, solo le successive sentenze (Cass. civ., 11 giugno 2008, n.15746 e Cass. civ., 20 novembre 2009, n.24539) ad individuare nella improponibilità, propendendo per il rigetto nel rito, che non precluderebbe la riproposizione della domanda integrale.

Conclusioni, questa, alla quale si è conformata anche la giurisprudenza di merito²³⁶.

Altra giurisprudenza²³⁷ ha esaltato in massima parte il canone del giusto processo, accoppiato con quello della ragionevole durata del processo – entrambi i quali hanno ottenuto esplicita previsione costituzionale con la riforma dell’art.111 Cost. –, posto che la proliferazione non necessaria dei procedimenti incide negativamente sull’organizzazione giudiziaria a causa dell’inflazione dell’attività, con il conseguente generale allungamento dei tempi processuali.

Ma la novità più incisiva rappresentata dalla sentenza in parola risiede nella considerazione che, per la Corte, al riscontrato abuso dello strumento processuale non potrebbe conseguire la sanzione dell’inammissibilità delle azioni – posto che non sarebbe l’accesso in sé allo strumento ad essere illegittimo, ma le modalità della sua utilizzazione – bensì solo una sanzione in punto di spese processuali.

L’abuso potrebbe essere quindi punito ai sensi dell’art.92 c.p.c., mediante l’esclusione della ripetizione delle spese superflue (ovvero delle spese di tutti i giudizi successivi al primo, in quanto superflui), nonché slegando dal principio della soccombenza la condanna alle spese cagionate dalla violazione dei doveri di lealtà e probità di cui all’art.88 c.p.c.²³⁸

Ma non è tutto. Ulteriore giurisprudenza della Suprema Corte, successiva al detto *overruling*, ha contribuito ad aggiungere un nuovo tassello alla tormentata *querelle* sulla frazionabilità giudiziale dei crediti.

²³⁶ Trib. Busto Arsizio, sez. I, 23 settembre 2010, in *Giur. merito*, 2010, 11, 2722, con nota di LOMBARDI, e Trib. Mantova 3 novembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, 1378 e ss. con nota di COSSIGNANI, *Fin dove si spinge il principio di infrazionabilità della domanda: il caso del capitale e degli interessi*.

²³⁷ Cass. civ. 24 aprile 2015, n.8381, in *Il caso.it*.

²³⁸ Trib. Reggio Calabria, 5 luglio 2012.

Invero, dopo che le Sezioni Unite hanno affermato che le obbligazioni pecuniarie non possono essere scomposte in una pluralità di giudizi, pena l'inammissibilità della domanda, la Cassazione ha ribaltato anche un altro consolidato orientamento giurisprudenziale, statuendo che nemmeno i crediti risarcitori, che pure, almeno in apparenza, si fondano su diverse "voci di danno", possono essere giudizialmente scomposti²³⁹.

Sino a quel momento la giurisprudenza di legittimità, seguita in ciò da un'acquisita prassi dei giudici di merito, aveva affermato l'ammissibilità della seconda azione sul danno alla persona, a condizione che nel primo giudizio con ad oggetto i danni a cose l'attore avesse fatto espressa riserva di agire in separato giudizio per le voci di danno ivi non richieste²⁴⁰.

Sicché, la portata di questa ultima pronuncia, che invece nega la possibilità di riservare ad un successivo giudizio la domanda di risarcimento di un'ulteriore porzione di danno, non è soltanto teorica – visto che si inserisce nell'ampio dibattito che tali tematiche hanno suscitato in dottrina – ma anche, e forse principalmente, pratica, poiché destinata probabilmente a sovvertire quello che da tempo era pacificamente considerato diritto vivente in tema di azioni risarcitorie, nonché a generalizzare la sanzione di inammissibilità per abuso del processo anche a domande proposte per ottenere il pagamento di crediti fondati su *causae petendi* in parte differenti. In particolare, e con specifico riferimento alla riserva, è parso che l'intervento delle Sezioni Unite vi abbia lasciato poco spazio e la giurisprudenza più recente ha affermato che la riserva stessa, anche nell'ulteriore ipotesi in cui l'intenzione di agire in momento successivo per l'ottenimento degli interessi convenzionali fosse esplicitamente manifestata della domanda di ingiunzione,

²³⁹ Cass. sent. 22 dicembre 2011, n.28286, con nota di GRAZIOSI, *Neppure i crediti risarcitori possono più essere frazionati giudizialmente*, in *Foro it.*, 2012, 2814 ss.

²⁴⁰ Cass. 22 agosto 2007, n.17873.

egualmente non rilevarebbe qualora il creditore potesse disporre, sin dal momento della proposizione dell'azione, di tutti gli elementi di fatto e di diritto per far valere contestualmente i crediti dovutigli sia per il capitale, che per tutti gli interessi, stante il divieto di frazionamento del credito nascente da un unico rapporto obbligatorio, in plurime richieste giudiziali²⁴¹.

Il principio della infrazionabilità è stato, poi, ulteriormente esteso anche all'area del processo esecutivo, avendo affermato, la Suprema Corte, che l'avvio di più esecuzioni forzate fondate sul medesimo titolo esecutivo, non giustificato da particolari esigenze di effettiva tutela del credito, viola il principio d'infrazionabilità del credito originariamente unico in quanto comporta un'indebita maggiorazione degli oneri a carico del debitore²⁴².

A parere della Corte, infatti, può senz'altro estendersi anche al processo esecutivo il principio del divieto di frazionamento del credito originariamente

²⁴¹ Cass. 18 marzo 2010, n.6597. Nel caso sottoposto all'esame della Corte si verteva in tema di decreto ingiuntivo che aveva pronunciato sulla sola richiesta di pagamento degli acconti sul corrispettivo di un contratto di opera pubblica – disciplinati, *ratione temporis*, dall'art.35 d.P.R. 16 luglio 1962, n.1063, nel testo modificato dall'art.4 L. 10 dicembre 1981, n.741 – e dei relativi interessi maturati e maturandi, con riserva di proporre in via autonoma azione per interessi convenzionali. Secondo la Corte, poiché il monitorio aveva ordinato il pagamento degli acconti e degli "interessi come richiesti", doveva intendersi riferito a tutti gli interessi da ritardo e non ai soli interessi legali. In direzione in parte diversa Cass. civ., 18 maggio 2015, n.10177. La Cassazione in questa sentenza ha stabilito che l'attore che a tutela di un unico credito dovuto in forza di un unico rapporto obbligatorio, agisca con ricorso monitorio per la somma provata documentalmente e con il procedimento sommario di cognizione per la parte residua, non incorre in un abuso dello strumento processuale per il frazionamento del credito in quanto tale comportamento non si pone in contrasto né con il principio di correttezza e buona fede, né con il principio del giusto processo, dovendosi riconoscere il diritto del creditore a una tutela accelerata mediante decreto ingiuntivo per i crediti provati con documentazione sottoscritta dal debitore.

²⁴² Cass. 9 aprile 2013, n.8576, in *Foro it.*, 2013, 3, I, 916, con nota di BRUNIALTI, per la quale il creditore ha facoltà di azionare più volte lo stesso titolo esecutivo nel caso di soddisfo parziale delle proprie ragioni creditorie, al fine di ottenere il completo rimborso del credito vantato nei confronti del debitore, comprensivo di interessi e spese sostenute per la riscossione coattiva. Se è vero che però l'obiettivo del processo esecutivo è l'integrale soddisfazione del creditore procedente, ciò deve comunque avvenire con il minor sacrificio possibile delle ragioni del debitore. Così, in attuazione di tale ultimo principio, la S.C. ha affermato l'illegittimità dell'abuso, da parte del creditore, delle procedure giudiziali quali strumenti di recupero.

unitario in più parti, laddove ciò possa comportare una indebita maggiorazione dell'aggravio per il debitore, in quanto non giustificata da particolari esigenze di effettiva tutela del credito. Vi sarebbe, invero, una evidente identità di *ratio* in ordine alla applicazione, anche in ambito processuale e nel contesto dei canoni costituzionalizzati del giusto processo e del principio di buona fede richiamati, per il processo di cognizione nell'ormai noto *overruling* del 2007 operato dalle Sezioni Unite. Se il fine del processo esecutivo – ha ragionato la Corte – è il soddisfacimento del credito consacrato nel titolo esecutivo in favore del creditore ed in danno del debitore, esigenze di equità, economicità e proficuità del processo, impongono la necessità della realizzazione di esso con il minore sacrificio delle contrapposte esigenze di entrambi i soggetti e questo principio va di certo applicato anche al processo esecutivo, riscontrandosi l'abusività della condotta nell'assoggettamento del debitore ai dispendi derivanti da una ingiustificata moltiplicazione delle esecuzioni a suo carico²⁴³.

Solo recentissimamente la sezione lavoro della S.C. ha mostrato un cenno di parziale ravvedimento in relazione ad una particolare fattispecie sin qui fatta rientrare nel novero delle ipotesi di abuso per frazionamento del credito²⁴⁴.

Ciò attraverso un'ordinanza interlocutoria con la quale si è rimesso il ricorso al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

La Corte di Cassazione ha osservato che, nel caso prospettato²⁴⁵, non potesse scorgersi alcuna possibilità di ricondurre ad unitarietà i molteplici crediti retributivi o

²⁴³ Secondo la Corte nella citata sentenza il creditore ha diritto ad ottenere né più né meno di quanto gli compete in forza del titolo (sia pure, se necessario, avendo la facoltà di azionarlo più volte o con più procedure, comunque non oltre l'integrale soddisfacimento del credito e con il limite del divieto del cumulo, ai sensi dell'art.483 c.p.c.), ma va correlativamente tutelata anche l'aspettativa del debitore a non vedere diminuito il suo patrimonio in misura eccedente quanto sia strettamente necessario per la realizzazione del diritto del creditore.

²⁴⁴ Cass., Sez. Lav., ord. 25.01.2016, n.1251.

risarcitori derivanti da un unico rapporto di lavoro in ragione del solo fatto che il rapporto stesso fosse ormai concluso, anche qualora il creditore potesse avere avuto la percezione della preesistenza dei relativi diritti per essere i fatti genetici anteriori alla cessazione del rapporto (come nel caso di pretese risarcitorie in cui il comportamento fonte di responsabilità sia sorto in corso di rapporto di lavoro): e ciò, da un canto, per l'inesistenza di una precisa regola nell'ordinamento positivo e, quindi, frutto di scelta consapevole del legislatore, che imponga al lavoratore, in presenza di plurimi crediti, ancorché derivanti da un medesimo rapporto di durata, di azionarli necessariamente in un unico contesto.

Ma anche, d'altro canto, per la difficoltà di trarre tale regola in via interpretativa da norme processuali dettate ad altri fini e di ergerla a *tertium genus* (tra prescrizione e decadenza) di limite temporale unificante per l'esercizio di plurime pretese.

²⁴⁵ La fattispecie infine pervenuta alla Sezione rimettente della Corte di Cassazione e da questa esaminata è stata la seguente: con ricorso al Giudice del lavoro di Torino un lavoratore chiedeva la condanna della *ex* datrice di lavoro al pagamento di una somma a titolo di ricalcolo dell'indennità premio di fedeltà con inclusione dei compensi percepiti in modo continuativo. Il Tribunale di Torino dichiarava l'improponibilità della domanda, in quanto il ricorrente aveva agito in precedenza chiedendo la rideterminazione del TFR per incidenza nella relativa base di calcolo delle voci retributive percepite in via continuativa. Secondo il Tribunale i crediti fatti valere nelle cause, derivando dalla cessazione del medesimo rapporto di lavoro, avrebbero potuto e dovuto essere azionati congiuntamente alla luce della sentenza n.23726/2007 delle S.U. della Cassazione, mentre il ricorrente aveva indebitamente frazionato il credito in una pluralità di domande. La Corte di appello, mutando il proprio precedente orientamento in materia, accoglieva l'appello proposto dal lavoratore, osservando che il principio della infrazionabilità della domanda opera all'interno di un rapporto obbligatorio ritenuto in senso proprio, mentre dal rapporto di lavoro discende una pluralità di obbligazioni, ognuna con una propria specifica fonte, di natura legale oppure contrattuale, concernente istituti economici diversi. La Corte territoriale ha ritenuto che il principio affermato dai precedenti provvedimenti di legittimità opererebbe, quindi, all'interno di ognuno di questi rapporti obbligatori (come ad esempio nel caso del TFR), ma non riguarderebbe il complesso di essi, perché non può affermarsi che alla cessazione del rapporto di lavoro si viene a costituire in capo al lavoratore un "unico credito" costituito dalla sommatoria delle voci economiche, retributive e/o risarcitorie, ancora da esso derivanti. Il divieto di frazionamento dell'azione non può, dunque, trovare applicazione quando le azioni sono diverse, perché sono diversi i titoli (*causae petendi*), i regimi ed i presupposti, giuridici e di fatto. Avverso tale sentenza è stato proposto ricorso in Cassazione dall'*ex* datrice di lavoro.

È stato affermato che, invero, la pronuncia delle S.U. del 2007 attiene alla diversa ipotesi di frazionamento del credito scaturente da un unico rapporto obbligatorio, ossia da un'unica obbligazione, ma tale unicità non è rinvenibile nella diversa ipotesi di presunta unificazione dei diritti (retributivi e risarcitori) derivanti da una pluralità di titoli rispetto ai quali la cessazione del rapporto di lavoro, ove pure costituisca elemento costitutivo delle singole fattispecie, non per questo consente di ritenere esistente un solo rapporto obbligatorio.

Ha ritenuto, in conclusione, la Corte, che non vi siano strumenti per far derivare dalla violazione del dovere di lealtà e probità, configurabile nella proposizione di una pluralità di domande a rapporto ormai cessato, per fatti genetici anteriori o che trovano titolo nella cessazione medesima, la sanzione della improponibilità delle domande successive alla prima.

Gli strumenti che l'ordinamento appresta solo indirettamente possono sanzionare tale comportamento, ma non nei termini della preclusione processuale.

E per tali ragioni il Collegio, ritenendo di non condividere i precedenti orientamenti, al fine di prevenire un possibile contrasto giurisprudenziale, ha ritenuto di dover rimettere il ricorso al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della Corte.

CAPITOLO IV

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

CAPITOLO IV

Sommario: 1. L'errato richiamo di alcuni canoni costituzionali a fondamento dell'abuso del processo, con particolare riferimento al frazionamento del credito. – 2. Una riflessione finale.

1. – L'errato richiamo di alcuni canoni costituzionali a fondamento dell'abuso del processo, con particolare riferimento al frazionamento del credito.

Alla luce di tutto quanto riportato, in relazione al c.d. abuso del processo, con particolare riferimento al frazionamento del credito è emerso un quadro del tutto frastagliato e disomogeneo, una matassa nient'affatto facile da dipanare.

Si è potuto notare, infatti, quante siano, ma, soprattutto, quanto talvolta distanti siano le posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Si ha così l'impressione che codesto variopinto mondo di teorie e di idee circa l'esistenza o meno del concetto dell'abuso del processo nel nostro ordinamento, la sua natura e le sanzioni ad esso collegate, costituisca oggi una grave tana che va inevitabilmente ad incidere sulla certezza del diritto, ciò non potendo non creare smarrimento e sconcerto nel malcapitato operatore del diritto che sia costretto a “farci i conti”.

A questo punto pare opportuno azzardare qualche riflessione conclusiva sulla problematica.

Se non si può disconoscere che alcune volte il processo – o, più spesso, l'atto processuale – possa essere maliziosamente utilizzato da una delle parti, per essere piegato a propri fini “di comodo” non coincidenti, quindi, con quelli ai quali lo stesso

è istituzionalmente preordinato, ciò, evidentemente, allungando anche i tempi del giudizio, è altresì vero che la “guerra” mossa dalla magistratura nei confronti del c.d. abuso del processo non può di certo essere considerata la panacea di tutti i mali che affliggono da ormai troppo tempo la giustizia civile.

La scelta dei giudici, quindi, rivolta ad enfatizzare massimamente l’abuso del processo, sembra essere del tutto censurabile.

In primo luogo, bisogna rammentare che la condotta abusiva, secondo la ricostruzione giurisprudenziale ormai largamente dominante, lederebbe i generali canoni della buona fede oggettiva e della correttezza relazionale, in quanto contrastante – in ottica sostanziale – con il dovere di solidarietà enucleato dall’art.2 Cost. e – in ottica processuale – con le garanzie del *giusto processo* e della ragionevole durata del processo, assicurati dal novellato art.111 Cost.

Tuttavia se anche si volesse utilizzare, come vorrebbe la Suprema Corte, la sanzione dell’abuso come presidio dei valori del *giusto processo* e della sua ragionevole durata, da ciò ne deriverebbe una inevitabile tensione tra questi valori e quelli che si esprimono nelle garanzie dell’art.24 della Costituzione; tensione che potrebbe risolversi soltanto attraverso un ragionevole bilanciamento tra le diverse esigenze e che dovrebbe realizzarsi in ogni singolo caso concreto.

Ciò che si intende esprimere – detto in altri termini – è che comunque si voglia definire l’abuso del processo, esso non potrebbe, né dovrebbe mai implicare una compressione irragionevole dei diritti delle parti.

Sembra, all’incontro, che in questi anni sia però prevalsa in giurisprudenza esclusivamente l’esigenza di una velocizzazione del processo civile, anche attraverso un brutale sfoltimento dei “ruoli” dei giudici, il tutto a disdoro delle altre garanzie costituzionali in tema di processo; garanzie tra le quali dovrebbe inserirsi anche

quella che la stessa Cassazione ha dichiarato di volere tutelare sanzionando l'abuso: quella del *giusto processo*.

Tanto parrebbe evincersi laddove tra le varie e diverse interpretazioni date alla nozione di *giusto processo*²⁴⁶, la maggiormente condivisibile risulta essere proprio quella per la quale lo stesso debba essere inteso come sinonimo di processo corretto, rinviando questo concetto alle garanzie di contraddittorio, al diritto di domanda ed eccezione, ai poteri istruttori delle parti, al diritto di impugnazione.

Il fine da raggiungere col processo dovrebbe essere, quindi, quello di rendere una giustizia – non identificabile con la mera regolarità o legalità procedurale – che possa rappresentare elemento di raccordo con la giustizia sostanziale: per mezzo del *giusto processo* si dovrebbe, dunque, favorire il perseguimento di una decisione giusta (nel merito)²⁴⁷.

Ma ciò non può realizzarsi attraverso la sanzione dell'abuso del processo se paradigma dei provvedimenti in argomento è la sentenza 23726 del 15 novembre 2007, dimessa dalle Sezioni Unite della Cassazione in tema di frazionamento del credito, con cui si è stabilito che l'azione con cui venga fatta valere in giudizio una singola frazione di un credito unitario debba essere indiscriminatamente dichiarata *ab initio* inammissibile, senza, cioè, che venga fatta alcuna indagine sui motivi che

²⁴⁶ TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"* in Aa. Vv., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Milano, 2001, *passim*. Per l'A. la formulazione contenuta nel novellato art.111 Cost. è parsa retorica, priva di qualunque portata precettiva.

²⁴⁷ PROTO PISANI, *Il nuovo art.111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 241; CHIARLONI, *Su alcune riforme e progetti di riforma, con particolare riguardo al disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2004, II, 498. Quest'ultimo, pur condividendo la tesi che individua nella formula *giusto processo* un richiamo alla relazione fra le singole garanzie processuali menzionate dall'art.111 Cost. o da altre disposizioni costituzionali, ha riconosciuto alla formula un valore ulteriore, affermando che il criterio unificatore è dato da un parametro di giustizia che va al di là delle singole garanzie, le quali si pongono in posizione strumentale rispetto ad un fine al quale tutte debbono concorrere.

abbiano spinto l'attore ad agire in quel determinato modo, e, quindi senza una valutazione caso per caso.

Ne emerge che la Corte, pur in una materia così controversa, abbia voluto agire a colpi di mannaia indistintamente, in luogo di usare la forbice solo laddove questo fosse davvero necessario.

Di poi, tornando all'accezione di *giusto processo*, quel che si può affermare senza tema di smentita è che questo tipo di processo non può essere affatto confuso solo con quello che abbia una ragionevole durata, come, appunto, sembrerebbe, invece, aver fatto implicitamente la *giurisprudenza dell'abuso*.

Quest'ultimo canone, infatti, può al più costituire una componente del *giusto processo*, ma mai identificarsi con esso.

Tra l'altro, venendo proprio alla problematica collegata con l'eccessiva lentezza dei processi, è necessario osservare che pratiche molto incisive di interpretazione della legge processuale in senso conforme al principio costituzionale di ragionevole durata del processo possono risultare senz'altro assai pericolose.

Simili orientamenti, allo scopo di risolvere situazioni emergenziali²⁴⁸, infatti, possono creare maggiori problemi di quelli che si propongono di risolvere, non tenendo nel dovuto conto l'esigenza – sempre sussistente – di dovere operare, come pure si è affermato in precedenza, un bilanciamento tra tutti i principi costituzionali egualmente coinvolti nel processo.

²⁴⁸ CONSOLO, Travagli “costituzionalmente orientati” delle Sezioni Unite sull'art.37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o diversamente operante su questioni di merito), in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1152. Secondo l'A. simili iniziative della suprema istanza di legittimità – che non è in alcun modo legislatore (neppure negativo) o manipolatore a rime obbligate – sono reputate giustificabili in ultima analisi solo come “*extrema ratio* di emergenza” non tollerabile al di là del breve periodo. Questa teoria apre la strada all'ipotesi per cui l'eccezionale situazione di crisi della giustizia sia in grado di operare come fonte di una sorta di diritto processuale emergenziale, come tale valevole solo in via temporanea. È stato tuttavia obiettato a ciò che nulla assicura che il transitorio non diventi permanente e che un diritto vivente

Nel caso dell'abuso del processo si è lasciato il posto solo all'attuazione dell'unico valore momentaneamente considerato preminente: il contenimento dei tempi processuali.

L'errore della giurisprudenza – sebbene provocato dallo sforzo titanico diretto ad alleggerire il carico processuale che rallenta il corso della giustizia – è nato, quindi, dal non essersi, la stessa, resa conto che è sempre necessario tenere distinti la lettura costituzionalmente orientata delle norme del codice di procedura civile con una funzione di supplenza per sopperire all'incuria in cui versa l'amministrazione della giustizia, che ha indotto a ricavare dal principio dei tempi ragionevoli del processo – avulso dal contesto del *giusto processo*, in cui solo esso può acquisire un senso – risultati che quel principio non sarebbe di per sé solo in grado di giustificare.

Infatti, un conto è l'efficienza giudiziaria perseguita nel quadro del *giusto processo*, che è efficienza di un *iter* di accertamento che conduce ad una decisione di merito, un conto è l'efficientismo fine a se stesso, inteso come snellimento del cumulo delle cause pendenti attraverso l'inasprimento di condizioni di procedibilità, decadenze, etc., senza pervenire a decisioni di merito.

Una cosa è, cioè, il buon funzionamento della macchina giudiziaria come valore funzionale alla tutela sostanziale del diritto invocato in giudizio, altra cosa è la mera riduzione del carico di cause o, anche, come effetto indiretto di quest'ultima, il recupero da parte della Corte di cassazione di un'autentica funzione nomofilattica ed il miglioramento della qualità di quest'ultima.

A tutto ciò non può non collegarsi un'altra considerazione: non si vede la ragione per cui l'attuazione del valore dell'efficienza del sistema giurisdizionale debba essere “pagata” dalle parti – col rischio che ciò possa determinare una lesione dei loro diritti – a fronte della dimostrata e radicale incapacità del legislatore di

sommamente creativo non si addossi quel compito di ripristino delle condizioni di efficienza della

intervenire su tale sistema assicurando un funzionamento decente ed accettabile della giustizia civile.

Se, infatti, la crisi del processo civile dipende da una sproporzione tra la domanda di giustizia dei cittadini e l'offerta di giustizia dello Stato, dovrebbe essere quest'ultimo a farsi carico del problema e a darvi soluzione che, anche ai sensi degli artt.3, 24 e 97 Cost. non potrebbe che essere quella, appunto, di migliorare l'offerta di giustizia per adeguarla alla domanda.

Ma ciò non è stato fatto e, anzi, si è cercato di fare esattamente il contrario: tentare di contrarre la domanda, introducendo ostacoli e tagliole alle istanze di giustizia avanzate dai consociati²⁴⁹.

Altre volte, come si è potuto sin qui evincere, è stata la stessa magistratura *sua sponte*, specie negli ultimi tempi, che, a fronte dell'ignavia o della scarsa capacità del legislatore a porre dei rimedi efficaci al problema della crescita smisurata del contingente²⁵⁰, si è sostituita ad esso – spesso con indebite “invasioni di campo” ove ci si voglia riferire al caposaldo di ogni Stato di diritto: il principio della separazione dei poteri di illuministica origine – creando diritto attraverso i propri provvedimenti, attuando, come parrebbe, un progetto di riforma silenziosa del diritto processuale civile.

Ed il discorso sull'abuso, forse più d'ogni altro, si inserisce in questa logica distorta, giacché, il consentire che il giudice possa censurare il comportamento processuale delle parti, magari anche in ipotesi non predeterminabili, può

giustizia che dovrebbe comparire nell'agenda politica dell'organo legislativo.

²⁴⁹ SCARSELLI, *Sugli errori commessi negli ultimi venti anni per porre rimedio alla crisi del processo civile*, in *Foro it.*, 2011, V, 25 ss.

²⁵⁰ I giudici, d'altra parte, non sembra possano essere stati del tutto impermeabili alle “pressioni” provenienti dal mondo imprenditoriale – sostenute anche da petizioni di principio della politica – che ha più volte rappresentato che la lunghezza dei nostri processi allontana gli investitori dal nostro Paese, e che ciò avrebbe, quindi, una incidenza negativa indiretta anche sul nostro sistema produttivo e sull'economia in generale.

rappresentare uno degli strumenti più “immediati” e “semplici” per contrarre o rendere più difficoltoso l’esercizio del diritto d’azione.

Ma, come si è appena detto, l’esclusione della giurisprudenza dal novero delle fonti del diritto è figlia del principio della separazione dei poteri il cui precipitato è rappresentato dalla formula pure contenuta nel modificato art.111 Cost., laddove è sancito che la giurisdizione si attua mediante il *giusto processo regolato dalla legge*.

Tale riserva di legge in materia processuale assume il volto di una garanzia bifronte, da un lato idonea a precludere l’ingresso a discipline di rango regolamentare, dall’altro rivolta ad escludere forme spiccate di *case management* nell’attività giurisdizionale, che rimane affidata alla necessaria previsione di una regola preesistente.

La predeterminazione normativa dell’attività giudiziaria è il frutto non solo di una precisa scelta culturale consona alla tradizione propria del modello processuale di *civil law*, che ne marca una peculiarità rispetto a quello adottato nei sistemi giuridici di *common law*, ma è anche idonea a rispondere alle rafforzate esigenze di certezza che si rinvergono in ambito processuale.

Ciò detto, è pur vero che non si può espungere da nessun settore un relativo tasso di creatività giurisprudenziale, ma quel che semmai è importante precisare è che la creatività giudiziaria deve essere intesa come ricreazione normativa fedele alla *ratio legis*.

A fronte di ciò detto sembra invece che, in tema di abuso del processo, in assenza di una qualunque norma cui attingere, vi sia stata una nettissima fuga in avanti da parte dei giudici che, come si è compreso, nel caso di specie non hanno applicato il diritto, ma lo hanno creato di sana pianta.

In conclusione, a ben riflettere soprattutto sul reale significato dei valori costituzionali richiamati dalla Cassazione a fondamento del fenomeno dell’abuso del

processo – constatata in primo luogo la circostanza che la magistratura si è indebitamente sostituita al legislatore – non può non convenirsi con l’idea che manca ogni e qualsivoglia supporto argomentativo nei provvedimenti giurisprudenziali in tema, laddove, se una decapitazione *ab origine* di alcuni processi potrebbe in astratto favorire la velocizzazione della macchina giudiziaria, essa, per converso, farebbe pagare altri ed alti prezzi in termini di *giusto processo*, inteso nella più convincente accezione di principio diretto a favorire una giusta decisione (nel merito).

2. – Una riflessione finale.

Se come si è potuto osservare nella premessa al presente lavoro, anche in ragione dell’assenza nel nostro ordinamento di una norma positiva che ne dia una definizione ed una disciplina generale, differentemente da quanto avviene in altri sistemi “vicini al nostro” improntati al *civil law*, allo stato dell’arte, mi sembra che in Italia non si possa parlare di un fenomeno di abuso del processo unitariamente inteso, ma di tanti abusi, quante sono le sue manifestazioni concrete.

Tali e tanti possono essere i casi di comportamenti c.d. abusivi – diversissimi l’uno dall’altro – e la conseguenza di ciò sta proprio nell’ovvia impossibilità di trattare tutte le ipotesi alla stessa maniera, soprattutto dal punto di vista sanzionatorio.

Fermo quanto detto, pare opportuno fare un’ulteriore osservazione: è ben difficile che un comportamento possa essere valutato *a priori* come abusivo.

Per queste ragioni, nell’attesa di un intervento del legislatore che stabilisca normativamente con nettezza quali casi possano essere identificati come di abuso del processo o degli atti processuali, disciplinando quindi il fenomeno ed imponendo le

sanzioni ritenute più adatte alla bisogna, si ha idea che sarebbe utile l'uso di maggiore ponderazione da parte della giurisprudenza evitando, la stessa, fughe in avanti che potrebbero tornare in danno della certezza del diritto a mo' di boomerang.

Pertanto, anche in ossequio alle idee di quegli autori che talune volte si sono voluti definire di retroguardia, per contrastare il fenomeno di un uso distorto del processo o dell'atto processuale, sembrerebbe assai più saggio accontentarsi delle norme processuali vigenti, sanzionando, piuttosto che l'atto processuale *a priori*, esclusivamente i comportamenti ritenuti c.d. abusivi *a posteriori*, utilizzando gli strumenti offerti dagli articoli 88, 89, 91, 92 e 96 c.p.c.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

A

Aa. Vv., *L'abuso del processo – Atti del XXVIII Convegno nazionale (Urbino, 23-24 settembre 2011)*, Bologna, 2012.

ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1.

ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*. in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001.

ANSANELLI, *Abuso del processo*, in *Dig. Civ., Aggiornamento*, Tomo I, Torino, 2007, 1.

ASPRELLA, *Il frazionamento del credito nel processo*, Bari, 2015.

ATIENZA-MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del processo, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, trad.it., Bologna, 2004.

ATTARDI, *Frazionamento della domanda di danni e estensione del giudicato* *Giur. it.*, 1987, I, 1.

B

BACHELET, *La domanda parcellizzata: i devastanti riflessi sul sistema*. in *Giur. it.*, 2010.

BARONE-CIPRIANI-PIZZORUSSO-PROTO PISANI, *Regolamento di giurisdizione, deontologia forense e credibilità delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 1987, I.

BILESIO-GASPARINI, *Reflexiones sobre el abuso en materia procesal*, in *Abuso procesal*, Santa Fe, 2001.

BORGHESI, *L'abuso del processo*, in www.associazionecivilisti.it.

BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010.

BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1991, 1.

BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Napoli, 2009.

C

CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950.

CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991.

CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nel processo civile?*, in *Foro it.*, 2008, I.

CARBONE, *Abuso del diritto e filiazione naturale. Osservazioni sul riconoscimento di compiacenza* in *Giur. it.*, 2009.

CARNELUTTI, *Giudicato implicito in tema di liquidazione del danno*, in *Riv. dir. proc.*, 1957.

CARRATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale "frazionata" in più processi* in *Giur. it.*, 2001.

CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953.

CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2005.

CERINO CANOVA, *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, II.

CHIARLONI, *Su alcune riforme e progetti di riforma, con particolare riguardo al disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2004, II.

CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, Torino, 1901.

CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928.

CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, Roma, 1935.

CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1936.

COCCHI, *In tema di sentenza di rigetto per difetto di interesse ad agire*, in *Foro it.*, 1986, I.

COMANDUCCI, *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, in *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, a cura di Vito Velluzzi, Pisa, 2012.

COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004.

COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008.

COMOGLIO, *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009.

CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. I) Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991.

CONSOLO, *Travagli "costituzionalmente orientati" delle Sezioni Unite sull'art.37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o diversamente operante su questioni di merito)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009.

CORDOPATRI, *La violazione del dovere di sinteticità degli atti e l'abuso del processo*, in *Federalismi.it*

CORDOPATRI, *L'abuso del processo. I. Presupposti storici*, Padova, 2000.

CORDOPATRI, *L'abuso del processo. II. Diritto positivo*, Padova, 2000.

CORDOPATRI, *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005.

CORDOPATRI, *Un principio in crisi: victus victori*, in *Riv. dir. proc.*, 2011.

CORDOPATRI, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2012.

COSSIGNANI, *Credito unitario, unica azione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008.

COSSIGNANI, *Fin dove si spinge il principio di infrazionabilità della domanda: il caso del capitale e degli interessi*. in *Giur. it.*, 2010.

D

DALLA MASSARA, *Tra res iudicata e bona fides: le sezioni unite accolgono la frazionabilità del quantum della domanda di condanna pecuniaria* in *Corr. giur.*, 2000, 12.

DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il ripensamento delle sezioni unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2008.

DALLA MASSARA, *L'adempimento parziale per iniziativa del creditore*, in *Trattato delle obbligazioni*, vol. I, t. V, diretto da L. Garofalo e M. Talmanca, Padova, 2010.

DE ANGELIS, *Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto delle garanzie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994.

DE ANGELIS, *Manovra economica del 2008, efficienza del processo del lavoro, abuso del processo*, in *ADL*, 2008.

DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato* in *Riv. dir. civ.*, 2008.

DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Giusto proc. civ.*, 2009.

DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, 1, Inglese-Italiano, Milano, 1984.

DE STEFANO, *Note sull'abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1964.

DIDONE, *Le Sezioni unite e la ragionevole durata del "giusto" processo*, in *Giur. it.*, 2009.

DONATI, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito (ancora intorno a Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n.23726)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009.

DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.*, 1995.

DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *Dir. priv.*, 1997.

DONDI, *Abuso del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2010, Annali III, 1.

DONDI-GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007.

F

FERRARI, *La "prova migliore". Una ricerca di diritto comparato*, Milano, 2004.

FIN, *Una coraggiosa pronuncia della Corte di legittimità: l'onere delle spese come rimedio contro un uso scorretto dello strumento processuale*, in *Corr. giur.*, 2011.

FINESSI, *La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008.

FINOCCHIARO, *Una soluzione difficile da applicare*, in *Guida al dir.*, 2007, n.47.

G

GAMBARO, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. Giur. Treccani*, II) Diritto comparato e straniero.

GAROFALO, *Per un'applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I.

GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004

GHIRGA, *Le riforme della giustizia civile nei disegni di legge Mastella*, in *Riv. dir. proc.*, 2008.

GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012.

GIORDANO, *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale c.d. aggravata*, in *Giur. mer.*, 2010.

GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik der prozessualen Denkens*, Berlino, 1925.

GOZZI, *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2008.

GRAZIOSI, *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?*, in *Corr. giur.*, 2009.

GRAZIOSI, *Neppure i crediti risarcitori possono più essere frazionati giudizialmente*, in *Foro it.*, 2012.

H

HELLWIG, *Anspruch und Klagrecht*, Leipzig, 1924.

I

IAI, *La durata ragionevole del procedimento nella giurisprudenza della Corte europea sino al 31 ottobre 1998*, in *Riv. dir. proc.*, 1999.

IORIO, *Spese di lite, abuso del diritto alla giustizia del lavoro e prospettive di riforma del processo*, in *Dir. rel. ind.*, 2007.

K

KHUN, *Teilklage und Restklage*, Giessen, 1933.

L

LA CHINA, in Aa. Vv., *L'abuso del processo – Atti del XXVIII Convegno nazionale (Urbino, 23-24 settembre 2011)*, Bologna, 2012.

LENT, *Gesetzeskonkurrenz*, Leipzig, II, 1916.

LUISO, *Diritto Processuale civile*, I, Milano, 2009.

M

MARENGO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto* in *Giust. civ.*, 2000, I.

MARINELLI, *La clausola generale dell'art.100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005.

MELONI CABRAS, *La frazionabilità della pretesa creditoria e la normalità del prezzo di vendita* in *Obblig. e contr.*, 2006.

MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987.

MENCHINI, voce “*Regiudicata civile*”, in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997.

MENCHINI-PROTO PISANI, *Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuniari*, in *Foro it.*, 1989, I.

MONATERI, *La scindibilità del giudizio sul quantum*, in *Resp. civ. e prev.*, 1982.

MONATERI, in *Aa.Vv., Diritto privato. III. L'abuso del diritto*, Padova, 1988.

MONTANARI, *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corr. giur.*, 4, 2011.

MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. dir. proc.*, 1991.

MURONI, *La rilevanza del frazionamento del "petitum" risarcitorio da sinistro stradale nel medesimo giudizio: un unico diritto all' "an" e più diritti al "quantum"?* in *Resp. civ. e prev.*, 2001.

N

NICOTINA, *L'abuso nel processo civile*, Roma, 2005.

P

PALMIERI-PARDOLESI, *Frazionabilità del credito e buona fede inflessibile*, in *Foro it.*, 2008, I.

PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?* in *Foro it.*, 2007, I.

PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, I, Torino, 1987.

PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007.

PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990.

PROTO PISANI, *Il nuovo art.111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V.

PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006.

R

RAVAGNANI, *Identificazione dell'azione, interesse ad agire e giudicato* in *Giur. it.*, 1986, I.

RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I.

RESCIGNO, *L'abuso del diritto (Una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*, in *Corr. giur.*, 2008.

RONCO, *Azione e frazione: scindibilità in più processi del petitum di condanna fondato su un'unica causa petendi o su causae petendi dal nucleo comune, ammissibilità delle domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata*, in *Giur. it.* 1998.

RONCO, *Nota sulla frazionabilità del petitum di condanna in plurimi giudizi di cognizione*, in *Giur. it.*, 2001.

RONCO, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*, in *Giur. it.*, 2008.

S

SALVI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. Giur. Treccani*, I) Diritto civile.

SASSANI, *In tema di pronuncia su danno futuro e di preclusione della successiva autonoma domanda*, in *Giust. civ.*, 1986, I.

SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1960.

SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, Milano, 1998.

SCARSELLI, *La responsabilità civile del difensore per infrazione della norma deontologica*, in *Foro it.*, 2009, I.

SCARSELLI, *Sugli errori commessi negli ultimi venti anni per porre rimedio alla crisi del processo civile*, in *Foro it.*, 2011, V.

SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012.

SCÖNKE, *Das Zivilprozeßrecht del Krieges. Insbesondere Vereinfachungsnovelle, Schutznovelle, Zahlungsfristnovelle*, Berlin, 1940.

SCIALOJA, *Sulla scindibilità del giudizio di liquidazione del danno* in *Foro it.*, 1957, I.

SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1962.

SORRENTI, *La Corte di cassazione e l'adeguamento delle norme del codice di procedura civile alla ragionevole durata del processo*, in Aa. Vv. (a cura di Laura Cappuccio ed Elisabetta Lamarque), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella "Constitutional Courts and Democratic Values"*, Napoli, 2013.

SPOSATO, *L'abuso del diritto tributario nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Roma, 2010.

T

TARUFFO, *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, Padova, 1979.

TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in Aa.Vv., *Il diritto privato – III. L'abuso del diritto*, Padova, 1998.

TARUFFO, *I poteri delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006.

TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009.

TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012.

TIZI, *Limiti oggettivi del giudicato e minima unità azionabile nel processo* in *Giust. civ.*, 2001, 1.

TRANQUILLO, *Richiesta di adempimento parziale ex latere creditoris ed exceptio doli generalis*, in *Riv. dir. priv.*, 1999.

TRANQUILLO, *L'esecuzione parziale del rapporto obbligatorio*, Milano, 2006.

TRIMARCHI, voce *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970.

TROCKER, *Il valore costituzionale del “giusto processo”* in Aa. Vv., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Milano, 2001.

TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo – Studio Critico*, Napoli, 2015.

V

VENTURA, *Il cosiddetto “abuso” del processo del lavoro e le parti sociali*, in *Riv. giur. lav.*, 1995, I.

VERDE, *Sulla “minima unità strutturale” azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989.

VERDE, *I limiti oggettivi del giudicato nelle controversie del lavoro*, in *Dir. e giur.*, 1991.

VERDE, *Profili del processo civile*, I, Napoli, 2002.

VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011.

VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole*, in *Foro it.*, 2011, V.

VERDE, *Abuso del (e nel processo)* in *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012.

VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile. Due Process of Law e art.24 Cost.*, Milano, 1970.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

- C. Europea Diritti dell’Uomo, 10 dicembre 1982, Corigliano c. Italia
- C. Cost., 30 novembre 2009, n.317, in *www.cortecostituzionale.it*
- Cass., Sez. un., 16 gennaio 1986, n.210, in *www.deaprofessionale.it*
- Cass., Sez. un., 3 novembre 1986, n.6420, in *Foro it.*, 1987, I.
- Cass., Sez. un., 1 luglio 1992, n.8085, in *Giur. it.*, 1993, I.
- Cass., Sez. un., 10 aprile 2000, n.108, in *Giur. it.*, 2001.
- Cass., Sez. un., 13 settembre 2005, n.12128, in *Giur. it.*, 2006.
- Cass., Sez. un., 9 ottobre 2008, n.24883, in *Foro it.*, 2009, I.
- Cass., Sez. un., 23 febbraio 2010, n.4309, in *Foro it.*, 2010, I.
- Cass., Sez. un., 7 luglio 2010, n.16037, in *Corr. giur.*, 2010.
- Cass., Sez. un., 15 novembre 2007, n.23726, in *Foro it.*, 2008, I.
- Cass., 9 ottobre 1956, n.3417, in *Foro it.*, 1957, I.
- Cass., 27 marzo 1957, n.1059, in *Giur. it.*, 1957, I.
- Cass., 22 ottobre 1985, n.5192, in *Foro it.*, 1986, I.
- Cass., 15 ottobre 1992, n.11322.
- Cass., 20 aprile 1994, n.3775, in *Foro amm.*, 1997.
- Cass., 18 maggio 1995, n.5453, in *Foro it.*, Rep., 1995, voce *Danni civili*.
- Cass., 23 novembre 1995, n.12103, in *Foro it.*, 1996, I.
- Cass., 3 dicembre 1996, n.10805.
- Cass., 23 luglio 1997, n.6900, in *Giust. civ.*, 1997, I.
- Cass., 6 agosto 1997, n.7275, in *Giur. it.*, 1998.
- Cass., 8 agosto 1997, n.7400, in *Giur. it.*, 1998.
- Cass., 22 agosto 1997, n.7888.
- Cass., 15 aprile 1998, n.3814, in *Foro it.*, Rep., 1998, voce *Obbligazioni in genere*.

Cass., 19 ottobre 1998, n.10326, in *Foro it.*, Rep., 1999, voce *Obblig. in genere*.

Cass., 5 novembre 1998, n.11114, in *Foro it.*, Rep., 1998, voce *Obblig. in genere*.

Cass., 9 novembre 1998, n.11265, in *Foro it.*, Rep., 1998, voce *Obblig. in genere*.

Cass., 23 novembre 2000, n.15138 in *Resp. civ. e prev.*, 2001.

Cass., 8 gennaio 1999, n.85, in *Foro it.*, 1999, I.

Cass., 24 settembre 1999, n.10511, in *Giur. it.*, 2000.

Cass., 2 settembre, 2000, n.11520 in *Giust. civ.*, 2001.

Cass., 10 novembre 2000, n.2301.

Cass., 11 dicembre 2000, n.15592, in *Giur. it.*, 2001, I.

Cass., 5 luglio 2001, n.9090 in *Resp. civ. e prev.*, 2001.

Cass., 17 marzo 2004, n.5405, in *Foro it.*, Rep., 2004, voce *Spese giudiziali civili*.

Cass., 4 maggio 2005, n.9224 in *Obblig. e contr.*, 2006.

Cass., 7 giugno 2006, n.13345, in *Il civilista*, 2009.

Cass., 22 agosto 2007, n.17873, in *Foro it.*, Rep., 2008, voce *Danni civili*.

Cass., 11 giugno 2008, n.15746, in www.dejure.giuffre.it

Cass., 3 novembre 2008, n.26373, in *Foro it.*, Rep., 2009, voce *Procedimento civile*.

Cass., 3 dicembre 2008, n.28719.

Cass., 7 gennaio 2009, n.55.

Cass., 19 agosto 2009, n.18410, in *Foro it.*, Rep., 2009, voce *Diritti politici e civili*.

Cass., 18 settembre 2009, n.20106, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010.

Cass., 20 novembre 2009, n.24539, in *Giur. it.*, 2010.

Cass., 18 febbraio 2010, n.3830, in *Foro it.*, 2010, I.

Cass., ord. 3 maggio 2010, n.10634, in *Corr. giur.*, 2011.

Cass., 18 marzo 2010, n.6597.

Cass. pen., 11 febbraio 2011, n.5300, in *Il caso.it*

Cass., 12 maggio 2011, n.10383.

Cass., 22 dicembre 2011, n.28286, in *Foro it.*, 2012.

Cass., 9 aprile 2013, n.8576, in *Foro it.*, 2013, 3, I.

Cass., Sez. lav., 30 settembre 2014, n.20589.

Cass., 24 aprile 2015, n.8381, in *Il caso.it*

Cass., 18 maggio 2015, n.10177.

Cass., Sez. Lav., ord. 25 gennaio 2016, n.1251.

C. App. Firenze, 3 marzo 2006, in *Resp. civ. prev.*, 2006.

C. App. Milano, 14 ottobre 2014, in *Il caso.it*

Trib. Roma, 9 ottobre 1996, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I.

Trib. Milano, 22 marzo 2006, in *Corr. merito*, 2006, 1263.

Trib. Bari, 20 maggio 2008, in *www.giurisprudenzabarese.it*

Trib. Civitavecchia, 23 febbraio 2009, in *Giur. it.*, 2009.

Trib. Mantova, 3 novembre 2009, in *Giur. it.*, 2010.

Trib. Prato, 6 novembre 2009, in *Foro it.*, 2010, I.

Trib. Terni, 17 maggio 2010, in *Giur. it.*, 2011, I.

Trib. Busto Arsizio, 23 settembre 2010, in *Giur. merito*, 2010.

Trib. Cassino, 11 novembre 2010.

Trib. Piacenza, 22 novembre 2010, in *Il caso.it*

Trib. Rovigo, 7 dicembre 2010, in *Il caso.it*

Trib. Varese, 21 gennaio 2011, in *Il caso.it*

Trib. Reggio Calabria, 5 luglio 2012.

Trib. Milano, 1 ottobre 2013, in *Il caso.it*

Comm. Trib. Reg. Puglia, 12 aprile 2010.

Comm. Trib. Prov. Brescia, 18 febbraio 2011.